

PREADVIES VAN DE VEREENIGING 'HANDELSRECHT' 2008

PREADVIES VAN DE VEREENIGING
'HANDELSRECHT'

2008

Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg

Prof. mr. J.G. Sijmons en mr. T.A.M. van den Ende

Prof. mr. T.J. van der Ploeg

Drs. H.H.M. Scholtes en ir. H.J.B.M. Abeln

Drs. J. Verhagen RA, drs. S.G. Room RA en
mw. Y.M. Jansen RA

ISBN 978-90-13-05699-0
NUR-827-715

© 2008, Vereniging 'Handelsrecht'

Secretariaat van de Vereniging 'Handelsrecht':
Mw. mr. M.M. Tuijtel
Weena 614, 3012 CN Rotterdam
Postbus 293, 3000 AG Rotterdam
telefoon 010 201 2939

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer BV, gedeponereerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-67 34 49.

VOORWOORD EN INLEIDING

Het is met veel genoegen dat de Vereniging 'Handelsrecht' de preadviezen voor haar jaarvergadering 2008 presenteert. Het onderwerp van de preadviezen is niet slechts in al zijn facetten uiterst actueel, maar ook van groot maatschappelijk belang. De materie kan zich dan ook verheugen in ruime belangstelling zowel van de zijde van de zorgsector, maatschappelijke organisaties, de overheid en de politiek. Die actualiteit is nog eens onderstreept nu minister Klink van Volksgezondheid begin april 2008 heeft aangekondigd dat de voorgenomen ingrijpende herziening van de financieringsstructuur van de zorgsector (op basis van de zogenaamde 'maatstafconcurrentie'; zie hierna) niet reeds per 1 januari 2009 in gang zal worden gezet, maar pas op een latere nog vast te stellen datum. Dat biedt ruimte voor nadere reflectie op een aantal essentiële aspecten van deze materie.

Die aspecten komen in de hierna opgenomen preadviezen uitgebreid aan de orde. Anders dan de (traditioneel bepaalde) naam van de Vereniging zou kunnen doen vermoeden, wordt het onderwerp in deze bundel veel breder belicht dan uitsluitend vanuit een juridisch blikveld. Natuurlijk is er uitgebreid aandacht voor de juridische inkadering van de materie, maar dat wordt gebaseerd op een brede verkenning van de relevante ontwikkelingen in de zorg. Naast van huis uit juridisch geschoolde auteurs bevat deze bundel evenzeer beschouwingen van nauw bij de zorg betrokken organisatieadviseurs en financieel-economisch deskundigen. Gezamenlijk bieden de preadviseurs niet slechts een uitstekend inzicht in de bestaande verhoudingen en feitelijke ontwikkelingen, maar bieden zij ook een grondige en kritische doordenking daarvan en geven zij richting aan het debat.

Uitgangspunt in dat debat is de juridische herpositionering van de zorginstelling die de afgelopen jaren haar beslag heeft gekregen. Het veelomvattende preadvies van Sijmons en Van den Ende biedt daarin een uiterst verhelderend inzicht. Daarin worden fundamentele beschouwingen over maatschappelijk ondernemen en ondernemerschap, marktwerking in de zorg, en de met de gezondheidszorg verweven marktimperfecties, niet uit de weg gegaan. Dat betekent, in hetgeen Sijmons en Van den Ende aanduiden als een 'pragmatische paradox', "dat de overheid zichzelf niet kan wegregelen". Tegelijkertijd constateren zij echter dat er ook sprake is van 'overheidsfalen' bij de regulering van de zorgsector die mede de markt ruimte geeft.

Daarenboven gaan Sijmons en Van den Ende ook uitgebreid in op thema's die de traditionele vennootschapsjurist plegen aan te spreken. Een voorbeeld zijn hun beschouwingen over mogelijke beschermingsconstructies ter bewaking en bewaring van het publieke belang. Ook het door hen geschetste toekomstbeeld van het ziekenhuis als concern dat in samenhang met een groot aantal (mede door specialisten gerunde) zorg-BV's de zorg coördineert, zal

het hart van menig ondernemingsrechtelijk georiënteerd jurist sneller kunnen doen kloppen.

In het preadvies van Van der Ploeg wordt vervolgens het fenomeen van de ‘maatschappelijke onderneming’ aan een grondige analyse onderworpen. Van der Ploeg doet dat tegen de achtergrond van zeer interessante historische, sociologische en internationale beschouwingen over dat fenomeen en het denken over (bestuur van) privaatrechtelijke organisaties. En passant stelt Van der Ploeg intrigerende vragen. Zo’n vraag is bijvoorbeeld waarom een belanghebbende ‘gebruiker’ van gezondheidszorg in een vertegenwoordigend lichaam van één bepaalde instelling zitting zou nemen terwijl nu juist doelstelling van beleid is dat belanghebbenden zoveel mogelijk kiezen waar de beste zorg wordt aangeboden en daar die zorg verwerven.

In juli 2007 heeft minister Hirsch Ballin van Justitie een voorontwerp voor de ‘maatschappelijke onderneming’ gepresenteerd. In het tweede deel van zijn preadvies legt Van der Ploeg dit voorontwerp onder het fileermes. Het scherpzinnig gebruik dat Van der Ploeg van dat fileermes maakt, laat het voorontwerp bepaald niet ongeschonden. Op een aantal onderdelen constateert hij dat de wetgever met dit voorontwerp de verkeerde kant opgaat en, zoals hij beeldend formuleert, “in het verkeerde wetboek zit”. Uitgebreid gaat Van der Ploeg in op de (mogelijke) regeling van intern en extern toezicht (met inbegrip van de vraag naar een rol van de Ondernemingskamer). De nu voorziene regeling van dat toezicht leidt zijns inziens in ieder geval “eerder tot verstarring dan openheid”.

Hoe bestuur en toezicht, kort gezegd, de ‘governance’, van zorginstellingen dan wel vorm zou moeten worden gegeven, mede vanuit het perspectief dat in de zorg sprake is van complexe organisaties, komt aan de orde in het preadvies van Scholtes en Abeln. Als organisatieadviseurs met een ruime ervaring in de zorgsector, zetten zij vraagtekens bij diverse opvattingen die stilzwijgend aan het debat over de zorgsector ten grondslag lijken te liggen. Prikkelende stellingen gaan zij daarbij niet uit de weg. Wat is toezicht? Wat betekent transparantie (een ‘hoera-begrip’ zoals zij noteren) en klopt het eigenlijk wel dat dit bijdraagt aan beter bestuur?

Uitgangspunt voor Scholtes en Abeln is dat zorginstellingen hoe dan ook hybride zullen zijn en blijven. Het zal steeds mede blijven gaan om een publieke taak, mede gefinancierd met publieke middelen, maar in een privaatrechtelijke context. Hun kernstelling is dat met betrekking tot een goede governance in die hybride ruimte, niet primair verdere regels van node zijn, maar gedrag en competenties van bestuurders en toezichthouders die met die beide aspecten rekening houden. Op heldere en verhelderende wijze geven zij aan hoe en binnen welke kaders dat tot zijn recht kan komen. Daarbij waarschuwen Scholtes en Abeln voor een cultuur waarin controleren en afrekenen centraal staat. Het moet veeleer gaan om “leren en verantwoording”. Dat vereist wel een nadere professionalisering van het interne toezicht, zo

betogen zij. Meer regels leiden daartoe op zichzelf niet. Die leiden wel gemakkelijk tot “meer strategisch gedrag, meer window-dressing en meer administratieve lasten”.

Een kernpunt in de beschouwing van alle preadviseurs is welke plaats aan een winststreven van een zorginstelling moet worden toegekend. Geconstateerd kan worden dat er een grote mate van consensus bestaat dat dit winststreven kan worden erkend en een belangrijke bouwsteen kan zijn bij het ontwikkelen van een systeem dat binnen heldere kaders een zinvolle marktwerking stimuleert. Prikkelend is in dit verband de stelling van Sijmons en Van den Ende dat een winstverbod wel eens in strijd zou kunnen zijn met het EG Verdrag. Van der Ploeg wijst in dit verband ook op enige interessante inconsistenties in het voorontwerp voor de ‘maatschappelijke onderneming’ en Scholtes en Abeln constateren dat de hybriditeit van de zorgsector mede een winststreven kan omvatten.

Het meest uitgebreid komen de diverse aspecten van een winststreven aan de orde in het preadvies van Verhagen, Room en Jansen. Zij zijn allen tevens register-accountant met ruime ervaring in de zorgsector en geven een zeer informatief en verhelderend overzicht van de problematiek ingebed in een bredere bedrijfseconomische beschouwing van de financiering van de gezondheidszorg. Aan hun beschouwingen gaat een intrigerend toekomstbeeld van de financiering van de zorgsector vooraf. Ingebed in een schets van de maatschappelijke ontwikkelingen, wordt vervolgens de kern van de bestaande en toekomstige financiering ontrafeld waarbij zowel de micro- als macro-economische effecten puntig worden aangegeven. Na lezing van de beschouwingen van Verhagen, Room en Jansen over al hetgeen de beoogde ‘maatstafconcurrentie’ meebrengt (waarover ook Sijmons en Van den Ende in § 2.4.3 van hun bijdrage), zal het de lezer duidelijk zijn hoe ingrijpend deze voorgenomen wijziging is en hoe begrijpelijk (en verstandig) het is dat de invoering daarvan voorlopig door de minister is uitgesteld (zie de aanvang van dit voorwoord). Wel zou men hopen dat dit uitstel mede door de minister wordt gebruikt om zich nog eens te bezinnen op een aantal belangrijke bezwaren die Verhagen, Room en Jansen in hun preadvies helder over het voetlicht brengen.

In het voetspoor van het voorgaande bespreken Verhagen, Room en Jansen de financiering en het beheer van het vastgoed van zorginstellingen. Juist op dit vlak zijn de activiteiten van private investeerders, en een winstperspectief, het meest voor de hand liggend. Twee uitgangspunten zullen daarbij, aldus Verhagen, Room en Jansen, centraal moeten staan: de met publieke middelen opgebouwde vermogens mogen niet aan investeerders worden uitgekeerd en er moet goed toezicht komen op de financiële soliditeit van de zorginstellingen, juist met het oog op de publieke functie die zij vervullen. Ten slotte wijzen zij er op dat het nieuwe stelsel consequenties zal hebben voor de kosten van de kredietfaciliteiten die zorginstellingen van banken

VOORWOORD EN INLEIDING

zullen moeten verkrijgen. Juist vanwege de toegenomen onzekerheid in de financiering en de terugtrekkende overheid, zullen de kapitaalslasten substantieel stijgen. Verhagen, Room en Jansen constateren dat dit een effect is waar de maatschappij als geheel eigenlijk niets mee opschiet en doen voorstellen voor overheidsfaciliteiten die het risicoprofiel van zorginstellingen kunnen verlagen.

Het voorgaande overziende zal duidelijk zijn dat de preadviezen in deze bundel verplichte kost zijn voor een ieder die betrokken is of raakt bij een onderneming in de zorgsector of aanverwante terreinen. Gelet op de omvang van die sector zal dat voor vele professionals, niet in de laatste plaats juristen, op enig moment het geval zijn.

Daarnaast zijn de preadviezen van groot belang voor allen die een verantwoordelijkheid dragen voor het overheidsbeleid met betrekking tot maatschappelijk ondernemen, in het bijzonder in de zorgsector. Dat omvat zowel beleidsbepalers bij de diverse ministeries en overheidsorganen als de politiek verantwoordelijken in het parlement. Ik spreek gaarne de hoop uit dat de preadviezen ook van die zijde de aandacht zullen krijgen die zij verdienen. Dit alles kan niet anders dan uitlopen op woorden van grote dank aan alle preadviseurs. Dat zij ondanks het hen allen bedrukkend gebrek aan tijd, hun enthousiaste medewerking hebben verleend aan deze bundel is zeer gewaardeerd. Namens het bestuur van de Vereniging 'Handelsrecht', en bij voorbaat namens de velen die van deze bundel zullen kennis nemen, betuig ik hen bijzondere erkentelijkheid voor hun inspanningen. Ik ben er van overtuigd dat hun bijdragen ongetwijfeld een rol van betekenis zullen spelen in het debat over de verdere ontwikkeling van de zorgsector.

8 april 2008,

Prof. mr. Harm-Jan de Kluiver
Voorzitter Vereniging 'Handelsrecht'

INHOUDSOPGAVE

DEEL I

| | |
|---|----|
| De juridische herpositionering van de zorginstelling | 1 |
| Prof. mr. J.G. Sijmons en mr. T.A.M. van den Ende | |
| 1.1 Inleiding | 3 |
| 1.2 Wat is ‘marktwerking in de zorg’? | 5 |
| 1.2.1 Begrip ‘marktwerking’ | 5 |
| 1.2.2 Drie corresponderende aspecten van ondernemerschap | 8 |
| 1.2.3 Indeling preadvies | 9 |
| 1.3 Van marktwerking naar marktwerking | 10 |
| 1.3.1 ‘Overheidsfalen’ | 10 |
| 1.3.2 Weg van de markt | 10 |
| 1.3.3 Van het abstracte beleid terug naar de werkelijkheid van de zorgmarkt | 18 |
| 1.4 Jede Konsequenz führt zum Teufel | 21 |
| 2. Wettelijk kader | 26 |
| 2.1 Stelselwijziging in 2006 | 26 |
| 2.2 Zorgverzekeringswet als basis voor marktwerking in het stelsel | 26 |
| 2.2.1 Algemeen | 26 |
| 2.2.2 Zorgverzekeringsmarkt | 27 |
| 2.2.3 Zorginkoopmarkt | 29 |
| 2.2.4 Welke concurrentie werkt? | 30 |
| 2.2.5 Conclusie | 32 |
| 2.3 Wet toelating zorginstellingen | 33 |
| 2.3.1 Positie beroepsbeoefenaren | 33 |
| 2.3.2 Zorginstellingen: WTZi | 34 |
| 2.3.3 De toelating: functionele benadering zorginstelling | 36 |
| 2.3.3.1 Intern toezicht | 37 |
| 2.3.3.2 Extern toezicht op het bestuur | 40 |
| 2.3.3.3 Het winstverbod | 42 |
| 2.3.4 Het alternatief van de ‘maatschappelijke onderneming’ | 45 |
| 2.3.4.1 Het winstverbod bij de MO | 47 |
| 2.3.4.2 Raad van toezicht | 47 |
| 2.3.4.3 Belanghebbendenvertegenwoordiging | 48 |
| 2.3.5 Beleidsprioriteiten WTZi | 50 |
| 2.3.6 Rechtmatigheid van het winstverbod | 52 |
| 2.4 Wet marktordening gezondheidszorg | 55 |
| 2.4.1 Het dubbele karakter van deze wet | 55 |
| 2.4.2 Inkomensbeleid individuele beroepsbeoefenaren | 57 |

INHOUDSOPGAVE

| | | |
|-----------|--|------------|
| 2.4.3 | Bekostiging ziekenhuiszorg | 59 |
| 2.4.4 | Integrale kostprijsberekening en tarieven medisch specialisten | 61 |
| 2.4.5 | Prijs als prikkel en value for money | 63 |
| 3. | Ondernemen op de zorgmarkt | 64 |
| 3.1 | Onderneming en kapitaal | 64 |
| 3.1.1 | Tussenconclusie: ‘het ziekenhuis’ is niet meer | 64 |
| 3.1.2 | Toetreden zorginstelling tot de kapitaalsmarkt | 66 |
| 3.1.3 | Praktijk in het buitenland | 66 |
| 3.1.3.1 | Rhön-Klinikum AG | 67 |
| 3.1.3.2 | Capio hälsa och sjukvård AB | 70 |
| 3.1.3.3 | Tenet Healthcare Corporation en Beverly Enterprises Incorporated | 71 |
| 3.2 | Bescherming van de zorg tegen het aandeelhouderskapitaal | 72 |
| 3.2.1 | Private equity en hedge funds in de zorg | 72 |
| 3.2.1.1 | Private equity | 73 |
| 3.2.1.2 | Hedge funds | 74 |
| 3.2.2 | Beschermingsconstructies | 75 |
| 3.2.2.1 | Kwaliteitseisen | 76 |
| 3.2.2.2 | Structuurregime en toegekende rechten aan andere organen | 76 |
| 3.2.2.3 | Stemrechtbeperkingen en overdrachtsverplichtingen | 77 |
| 3.2.2.4 | Gouden aandeel | 78 |
| 3.2.3 | Rechtmatigheid beschermingsconstructies | 79 |
| 3.2.4 | Dienst van algemeen economisch belang | 81 |
| 3.3 | Full service concept in de zorgmarkt | 82 |
| 3.3.1 | Aanleiding en mogelijkheden | 82 |
| 3.3.1.1 | Contractvormen | 83 |
| 3.3.1.2 | Mogelijke full service structuur | 86 |
| 3.3.2 | Belemmeringen | 87 |
| 3.3.2.1 | Algemeen | 87 |
| 3.3.2.2 | BTW | 88 |
| 3.3.2.3 | Ontwikkelingen anno 2008 | 90 |
| 3.4 | Interne verhoudingen ziekenhuis – medisch specialisten | 91 |
| 3.4.1 | Algemeen | 91 |
| 3.4.2 | Het vraagstuk van het duale bestuur | 92 |
| 3.4.2.1 | Geïntegreerd medisch specialistisch bedrijf | 92 |
| 3.4.2.2 | Veranderingen in het ziekenhuis | 93 |
| 3.5 | Het ziekenhuis als concern? | 95 |
| 3.5.1 | Participatie medisch specialisten | 95 |
| 3.5.2 | Isala Klinieken | 96 |
| 4. | Enkele conclusies | 97 |
| 5. | Tot slot | 101 |

DEEL II

| | |
|---|-----|
| De juridische inkadering van de ‘maatschappelijke onderneming’ | 103 |
| Prof. mr. T.J. van der Ploeg | |
| Inleiding | 105 |
| 1. Enkele historische en sociologische kanttekeningen bij de opkomst van de ‘maatschappelijke onderneming’ | 106 |
| 1.1 De verhouding tussen overheid en particuliere organisaties ten aanzien van de publieke dienstverlening in historisch perspectief | 106 |
| 1.2 Medezeggenschap van belanghebbenden | 107 |
| 1.3 Ontwikkelingen op het gebied van (goed) bestuur | 110 |
| 1.4 De politieke visies op de positie van de particuliere organisaties | 111 |
| 1.5 Is er een nieuwe positie voor dienstverlenende particuliere organisaties? | 113 |
| 1.5.1 Iets over de internationale context | 115 |
| 1.6 Tussenstand 1 | 118 |
| 2. Enkele rechtspersonenrechtelijke aspecten van de maatschappelijke onderneming met de nadruk op de belanghebbendenvertegenwoordiging | 119 |
| 2.1 Inleiding | 119 |
| 2.2 De maatschappelijke onderneming als rechtspersoonsvorm; enige voorgeschiedenis | 119 |
| 2.3 Beknopte weergave van de regeling van de maatschappelijke onderneming in het voorontwerp | 120 |
| 2.4 Rechtspersonenrechtelijk en ondernemingsrechtelijk commentaar | 121 |
| 2.4.1 Het maatschappelijk belang | 122 |
| 2.4.2 Het begrip orgaan en de vrijheid om organen in te stellen | 123 |
| 2.4.3 Overige onderwerpen | 125 |
| 2.5 De maatschappelijke onderneming eventueel als publiekrechtelijke rechtspersoon? | 126 |
| 2.6 De belanghebbendenvertegenwoordiging | 127 |
| 2.6.1 Wie zijn de belanghebbenden? | 128 |
| 2.6.2 Samenstelling en bevoegdheden van de belanghebbendenvertegenwoordiging | 129 |
| 2.6.3 De bevoegdheden van de belanghebbendenvertegenwoordiging | 130 |
| 2.6.4 Het enquêterecht en de belanghebbenden(vertegenwoordiging) | 133 |
| 2.7 Tussenstand 2 | 135 |

INHOUDSOPGAVE

| | | |
|-----------|---|-----|
| 3. | Naar een andere afweging | 136 |
| 3.1 | Inleiding | 136 |
| 3.2 | De afweging voor de keuze van de maatschappelijke onderneming als privaatrechtelijke rechtsvorm | 136 |
| 3.3 | Bezwaren tegen de bestaande vereniging en stichting | 141 |
| 3.4 | Verbeteringen in het verenigingen- en stichtingenrecht | 143 |
| 3.5 | Privaatrechtelijke publieke dienstverlening en het maken van en uitdelen van winst | 144 |
| 3.6 | Uitleiding | 146 |

DEEL III

| | |
|--|-----|
| Governance in de zorg | 149 |
| Drs. H.H.M. Scholtes en ir. H.J.B.M. Abeln | |
| 1. Inleiding | 151 |
| 2. Hybriditeit als wezenskenmerk | 152 |
| 3. Opvattingen over governance in de zorg | 155 |
| 4. Besturen in de gezondheidszorg | 159 |
| 4.1 Toezicht | 159 |
| 4.2 Verantwoording | 163 |
| 4.3 Transparantie | 166 |
| 5. Balans | 171 |
| Literatuur | 173 |

DEEL IV

| | |
|--|-----|
| Financiering van de gezondheidszorg | 175 |
| Drs.J. Verhagen RA, drs. S.G. Room RA en mw. Y.M. Jansen RA | |
| Inleiding | 177 |
| Hoe ziet de zorg eruit in 2012? | 177 |
| 1. Ontwikkeling van de zorgkosten | 177 |
| 2. Financiering medisch specialistische zorg | 179 |
| 2.1 Inleiding: de invoering van de DBC-systematiek | 179 |
| 2.2 Maatstafconcurrentie | 180 |
| 2.3 Effecten van de invoering van de maatstafconcurrentie voor de NZa | 182 |
| 2.4 Effecten van de invoering van de maatstafconcurrentie voor de zorgverzekeraars | 182 |
| 2.5 Effecten van de invoering van de maatstafconcurrentie voor de zorginstellingen | 182 |
| 2.5.1 Ict | 183 |
| 2.5.2 Kostprijzen | 183 |
| 2.5.3 Zorgzwaarte | 184 |
| 2.5.4 Administratieve lasten | 184 |
| 2.6 Evaluatie | 184 |
| 2.7 Recente ontwikkelingen | 185 |
| 2.8 Preadvies | 185 |
| 3. Zorgvastgoed en treasury | 186 |
| 3.1 Inleiding | 186 |
| 3.2 Effecten van de invoering van het nieuwe huisvestingsregime | 186 |
| 3.3 Marktpotentie: kansen voor beleggers | 188 |
| 4. Investeren en het uitkeren van winst | 189 |
| 4.1 Internationale ontwikkelingen | 189 |
| 4.2 Private investeringen en winstuitkeringen | 189 |
| 4.3 Randvoorwaarden | 190 |
| 4.4 Preadvies | 191 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 5. | Financiële risico's en financiering van zorginstellingen: | 192 |
| | Basel II | |
| 5.1 | Inleiding | 192 |
| 5.2 | Basel II nader uitgelegd | 192 |
| 5.2.1 | Het belang van kapitaal | 193 |
| 5.2.2 | Drie pijlers | 193 |
| 5.3 | De gevolgen van het nieuwe kapitaalsakkoord voor zorginstellingen | 194 |
| 5.4 | Preadvies | 195 |

DEEL I - DE JURIDISCHE HERPOSITIONERING VAN DE ZORG- INSTELLING

Prof. mr. J.G. Sijmons en mr. T.A.M. van den Ende*

* Prof. mr. J.G. Sijmons en mr. T.A.M. van den Ende zijn als advocaat verbonden aan de sectie Gezondheidszorg van Nysingh advocaten-notarissen NV. Prof. mr. J.G. Sijmons is daarnaast bijzonder hoogleraar in het gezondheidsrecht aan de Universiteit Utrecht (Molengraaff Instituut).

1.1 Inleiding

De Vereniging ‘Handelsrecht’ heeft haar preadviseurs gevraagd hun licht te laten schijnen over het maatschappelijk ondernemen in de zorgsector. Met name richt deze vraag zich op de institutionele kant van de zorg en de belemmeringen die daaruit voortvloeien vanuit een meer klassiek ondernemings- en financieringsperspectief.

Institutionele benadering

De vraag heeft verschillende aspecten. In de eerste plaats kan gekeken worden naar de belemmeringen en regulering van de zorg door het wettelijk systeem van het gezondheidsrecht. Deze blik op de institutionele inrichting zal leidend zijn in dit preadvies. Het wettelijk stelsel schept ruimte voor ondernemen in de zorg, waarbij zich vervolgens een zeer gevarieerd palet aan juridische aspecten aandient. Daarop zullen wij niet trachten een ook maar enigszins volledig beeld te schetsen. De contractuele verhoudingen tussen zorgverzekeraars en zorginstellingen vragen geheel andere bepalingen en voorzieningen, dan de onderlinge verhoudingen binnen de vakgroep van de ziekenhuizen of in netwerken in de ketenzorg tussen eerstelijns beoefenaren en tweedelijns zorginstellingen. Een afzonderlijk hoofdstuk is de vraag naar de mogelijkheden van en grenzen van uitbesteding van zorg, zoals mogelijk over de grenzen door outsourcen naar lagelonenlanden, via luchtbruggen naar hightechvoorzieningen aan de stranden van Zuidoost-Azië, naar GGZ-zorg onder de zon (doeltreffende bijdrage aan het bestrijden van depressiviteit) en zo meer. Wij beperken ons echter tot meer structurele aspecten en kiezen de ziekenhuiszorg als voorbeeld (hoewel duidelijk zal zijn dat de zorg zulke verschillende sectoren omvat, dat het voorbeeld niet voor het geheel van de zorg kan staan).

Maatschappelijk ondernemen en maatschappelijk verantwoord ondernemen

In de tweede plaats maken wij de keuze om bij deze structurele benadering de term ‘maatschappelijk ondernemen’ te verstaan in de beperktere zin, namelijk dat ondernemerschap in de zorg zich een doel stelt, dat samenvalt met het publieke belang van een goed functionerende gezondheidszorg. In ruimere zin wordt ‘maatschappelijk ondernemen’ ook wel ‘maatschappelijk verantwoord ondernemen’ in de zin van ‘de zorg voor maatschappelijke effecten van het functioneren van een onderneming’, waarmee men meer op zich neemt dan de vereisten van de wet afdwingen.¹ Twee elementen van dit

¹ Kamerstukken II 2000/01, 26 485, nr. 14, d.d. 5 april 2001, p. 5.

maatschappelijk verantwoord ondernemen zijn een voldoende gerichtheid van de onderneming op de bijdrage aan de maatschappelijke welvaart op langere termijn en het onderhouden van de relatie met de maatschappelijke 'stakeholders' uit de maatschappelijke omgeving. Voor andere sectoren zijn dit dimensies die niet direct met de doelstelling van de onderneming (in enge zin: continuïteit en winstmaximalisatie voor de eigenaren/aandeelhouders) zijn gegeven,² maar in de zorg ligt dat uiteraard genuanceerder, omdat de zorg zelf grote maatschappelijke verwevenheid kent en de wetgever de relaties met de patiënten of cliënten via medezeggenschap reeds heeft geregeld. Hier liggen op zich complexere verhoudingen die wij niet alle zullen ontrefelen in het kader van dit advies, aangezien wij ons concentreren op de mogelijkheden van het klassieke ondernemerschap in de zorg. Daaraan zijn zeker institutionele beperkingen gesteld, hoewel anderzijds in dit stelsel juist op dit ondernemerschap een beroep wordt gedaan. Deze ambivalente verhouding staat centraal in dit preadvies.

Ondernemerschap en marktwerking

Wie zegt ondernemerschap, denkt aan haar complement: de omgeving waarin men als ondernemer opereert, de markt. Ondernemerschap in de zorg en marktwerking in de zorg zijn twee zijden van dezelfde medaille. Wij zullen dan ook moeiteloos van de ene naar de andere zijde overstappen zonder deze perspectiefwisseling telkens te verantwoorden. Wij laten rusten de dimensie die het maatschappelijk ondernemen ook heeft in termen van duurzaamheid en 'sustainability' (people – profit – planet). In hoeverre kortetermijnvoordelen in de zorg kunnen interfereren met langetermijnbelangen en rechtvaardige toedeling van lusten en lasten, blijft hier verder buiten beschouwing.³

Opzet

In dit preadvies blikken wij terug op de recente stelselwijziging, nemen de stand van zaken op en kijken vooruit naar de belemmeringen en mogelijkheden voor het ondernemerschap die ons als juristen voor nieuwe opgaven zullen stellen. Gelet op de beperkte voorbereidingstijd voor dit preadvies, doen wij dat in verkennende zin. Welke structurele elementen ontbreken aan

² Hoewel steeds meer ondernemingen de maatschappelijke verantwoordelijkheid als een vanzelfsprekendheid gaan zien. Er zou reeds sprake zijn van een trendbreuk: *Kamerstukken II* 2006/07, 26 485, nr. 42, p. 5.

³ Zie echter o.a. J.G. Sijmons, 'Verantwoord ondernemen: SER-advies en kabinetstand', *NJB* 15 juni 2001, afl. 24, p. 1114-1120.

het stelsel? Is het juridisch instrumentarium voor ondernemerschap in de zorg geschikt? Welke beletselen moeten worden weggenomen? Vergt ondernemerschap de introductie van nieuwe juridische instrumenten? Wij hadden graag het Ministerie van VWS het werk uit handen genomen, maar zullen ons met het oog op het verkennend karakter van dit preadvies beperken tot een aantal punten gelegen op het interessegebied van de Vereeniging 'Handelsrecht' te bespreken. Hoe specifiek moet het juridisch instrumentarium voor het vormgeven van de marktwerking in de zorg er uitzien? Welke belemmeringen zijn er voor het ondernemerschap in de zorg. Ten slotte: wordt de zorg met meer marktwerking onderdeel van de 'gewone economie'? Dus meer 'handelsrecht' in de zorg? Of blijft de zorg ook voor het ondernemerschap een eigen rechtsgebied met voor het ondernemen een specifiek 'zorgrecht'?

Alvorens in te gaan op het stelsel, staan wij stil bij de ordening van de stof en kiezen daarbij de invoering van de marktwerking in de zorg als leidraad. Wij staan eerst stil bij dit begrip.

1.2 Wat is 'marktwerking in de zorg'?

1.2.1 BEGRIP 'MARKTWERKING'

Het is niet eenvoudig om zicht te krijgen op wat nu eigenlijk marktwerking in de zorg inhoudt. In de Verenigde Staten, waar onbetwist meer vrije marktwerking bestaat dan in de Europese context, is het niet minder lastig de marktwerking in de zorg te ontrafelen. In de VS ligt echter ook de bakermat van de studie van de *health economics*, te beginnen met het artikel van Kenneth J. Arrow uit 1963 in *The American Economic Review*⁴ over de vraag waarom het gewone marktmechanisme in de zorg niet werkt, tot en met de recente studie van Michael E. Porter en Elisabeth Olmsted Teisberg, *Redefining Health Care* uit 2006 – een boek dat naar onze indruk op het nachtkastje van veel zorgbestuurders ligt – waarin nog steeds de vraag wordt gesteld hoe het mogelijk is dat in de zorgsector door competitie de kwaliteit niet stijgt en de prijzen niet dalen zoals in andere sectoren.⁵ In Nederland heeft geruime tijd de overtuiging geleefd dat marktwerking in de zorg überhaupt niet mogelijk was, hetgeen leidt tot de vraag waarom men dat nu

⁴ K.J. Arrow, 'Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care', in: *The American Economic Review*, vol. LIII, nr. 5, p. 941-973.

⁵ M.E. Porter en E. Olmsted Teisberg, *Redefining Health Care. Creating Value – Based Competition on Results*, Boston, Massachusetts: Harvard business school press 2006, p. 32.

eigenlijk dacht en langs welke lijnen marktwerking nu toch een kans wordt geboden. Om dit vraagstuk te ordenen onderscheiden wij drie betekenissen of aspecten van marktwerking, die aanleiding geven tot verschillende vraagstellingen ten aanzien van het onderwerp.

1. Werking van de overheid versus werking van de markt

In de eerste betekenis is de werking van de markt overal daar waar de overheid reguleert en het aanbod of de vraag aan producten of diensten bepaalt of beïnvloedt. Marktwerking is aldus een negatief begrip ten opzichte van overheidsregulering. Hoe minder overheidsbemoeienis, des te meer vrije markt (wat de uitkomsten van de marktwerking dan ook mogen zijn). In deze disjunctie van markt en overheid valt de scheidslijn samen met die van bestuurlijk handelen door de overheid versus particulier initiatief. De invoering van marktwerking in de zorg betekent vooral dat de overheid het aanbod van de zorg niet meer aan een centrale planning onderwerpt. Geheel losgelaten is de planning in de zorg overigens nog niet. Planning is de meest vergaande vorm van marktregulering. Een van de overheid onafhankelijke markt is niet denkbaar. Er is geen enkele marktsector waar de overheid niet zijn invloed doet gelden, al is het maar op het basale niveau door elementaire kwaliteitseisen bij de levering van producten via bijvoorbeeld de Warenwet en in de tegengestelde betalingsstroom de regulering van het betalingsverkeer door de Muntwet en Bankwet (waarmee uitvoering wordt gegeven aan de grondwettelijke opdracht om het geldstelsel te regelen; art. 106 Gw). Dit voorbeeld maakt tevens duidelijk dat in de verhouding publiek/privaat de Europese dimensie dominant aanwezig is, zoals symbolisch tot uitdrukking komt in de euro. Voor de zorg geldt dat het EG-Verdrag bepaalt dat bij het optreden van de Gemeenschap op het gebied van de volksgezondheid de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en de verstrekking van gezondheidsdiensten met geneeskundige verzorging volledig worden geëerbiedigd (art. 152 lid 5 EG-Verdrag). Daardoor is de invloed van het Europese recht wel minder dan in andere sectoren, maar bepaald niet afwezig. Wij zullen hier dan ook enige aandacht aan besteden en laten zien dat naar onze mening op onderdelen er onvoldoende rekening mee wordt gehouden. Volgens de eerste definitie is marktwerking een graueel verschijnsel.

2. Prijsconcurrentie op de markt

Een tweede aspect van marktwerking betreft het element van de concurrentie. Zoals Adam Smith in *An inquiry into the Nature Causes of the Wealth of Nations* (1776) het zelfregulerende karakter van de markt heeft beschreven, is concurrentie de beslissende factor. De prijzen behoeven niet te worden gereguleerd door de overheid als de markt door competitie daarvoor zorgt. In de neoklassieke markttheorie ontstaat op een markt met volkomen con-

currentie een evenwicht van vraag en aanbod, alsook van prijs en productie-volume. Volgens de neoklassieke theorie (Walras, Marshall, Edgeworth and Pareto) is deze vrije markt een optimaal instrument. Het prijsevenwicht impliceert een efficiënte allocatie van middelen en staat garant voor optimale welvaart. Als in werkelijkheid niet alle noodzakelijke voorwaarden voor het evenwicht zijn vervuld spreekt men van ‘marktfalen’, waarin tot uitdrukking komt dat een vrije marktwerking de norm is. Er is dan een rol voor de overheid om het marktfalen te corrigeren. De vraagstelling van Porter en Teisberg, zoals hiervoor aangehaald, gaat uit van een op een geliberaliseerde markt te corrigeren marktfalen. De vraagstelling van die studie luidt ‘why is competition not working in healthcare?’.⁶ Hoe valt de competitie als instrument in de zorg te herstellen, is de vraag. Ook in Nederland wordt bij marktwerking allereerst aan het concurrentiemechanisme onder aanbieders gedacht. In dit perspectief is marktwerking niet per se het tegendeel van bestuurlijk handelen, maar is veelal de vraag in welke mate door overheidsregulering de marktwerking tot stand kan worden gebracht. De overheid voert dan een ‘marktwerkingbeleid’, zo ook in de zorg. De hoofdlijn is hier dat waar de overheid met de aanbodregulering in de zorg is teruggetreden, daarvoor de marktregulering met name door de Wet marktordening gezondheidszorg (2006) met als zelfstandig bestuursorgaan de marktmeester de Nederlandse Zorgautoriteit, in de plaats is gekomen.

3. *Dynamische marktwerking*

Een derde benadering van marktwerking concentreert zich niet op de prijsvorming en concurrentie, maar veeleer op de structuur van de markt en met name de vraag hoe aanbod- en vraagzijde effectief op elkaar kunnen reageren. Daar gaat het er dan niet alleen om dat producten en diensten in prijs en kwaliteit aansluiten bij de vraag (allocatieve efficiency), maar of de markt zich ontwikkelt in de richting dat aan (nieuwe) wensen van consumenten tegemoet wordt gekomen en efficiëntere manieren van productie worden ontwikkeld (dynamische efficiency). Brengt het particulier initiatief voldoende innovatie op gang? Daarvoor zorgt een prijsevenwicht niet uit zichzelf. Optimale concurrentie leidt tot een minimale winst bij de aanbieders. Het kortetermijnbelang van de vraagzijde is dat de aanbieders door concurrentie tegen kostprijs leveren en niets voor zich houden. Het langetermijnbelang van de markt is echter dat ondernemingen de revenuen van hun omzet investeren in ontwikkeling en productinnovatie. In de zorg is het standaardvoorbeeld de farmaceutische industrie⁷ die enerzijds door octrooien op

⁶ Porter & Olmsted Teisberg 2006, p. 33-45.

⁷ *Handelingen II*, 1 september 2004, 93-6035 en 6038 en *Handelingen I*, 18 oktober 2005, 3-143.

nieuwe geneesmiddelen grote winsten genereert, hetgeen in termen van de vorige definitie van marktwerking bepaald geen blijk geeft van statische efficiency en een belemmering van de competitie inhoudt door overheidsingrijpen (namelijk de octrooiverlening), maar anderzijds in de twintigste eeuw een spectrum van geneesmiddelen op de markt heeft gebracht ondanks sterk oplopende productiekosten, die men schat op honderden miljoenen euro's per nieuw geneesmiddel. Bij produceren tegen kostprijs zou deze productontwikkeling uit de eigen cash flow uiteraard onmogelijk zijn.⁸ De economische politiek stelt daarom soms andere belangen dan het onmiddellijke consumentenbelang voorop, zoals dat bijvoorbeeld tot en met strategische overwegingen van nationaal belang wanneer het gaat om landbouwpolitiek of de strategisch relevante militaire industrie, zoals ook het tot stand brengen van een geïntegreerde Europese gemeenschappelijke markt vaak zwaarder heeft gewogen dan het directe kortetermijnconsumentenbelang. Op nationaal niveau telt voorts of de uitkomst van een marktproces in termen van rechtvaardigheid politiek gewenst wordt geacht. De gezondheidszorg is een dergelijk onderwerp van een rechtvaardigheidspolitiek. Voor de zorgsector is deze politieke dimensie van nationale verschillen met betrekking tot de zorg als gezegd uitdrukkelijk in het EG-Verdrag voorzien en de verschillen doorkruisen de harmonisatie van wetgeving ten behoeve van het tot stand brengen van de ene geïntegreerde markt.

1.2.2 DRIE CORRESPONDERENDE ASPECTEN VAN ONDERNEMERSCHAP

Deze verschillende betekenissen van marktwerking corresponderen met verschillende aspecten van het ondernemerschap in de zorg. In de eerste benadering gaat het om het private of publieke karakter van de onderneming. Nu is in de zorg – anders dan bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk – sprake van private ondernemingen en zelfstandige beroepsbeoefenaren die de zorg verlenen. Het hoofdstuk privatisering van overheidsinstellingen en overheidsdiensten gaat aan de zorg voorbij. De vraag is verder of elke private rechtsvorm ingezet kan worden in de zorg en of het bepalen van het door de private ondernemer gedreven aanbod, de onderneming in omvang en soort van dienstverlening, een geheel vrije ondernemersbeslissing is.

⁸ Eurocommissaris Kroes heeft onlangs een onderzoek gelast naar de handelwijze van de farmaceutische bedrijven Pfizer, GlaxoSmithKline en Sanofi-Aventis. Het viel de EC op dat in de periode 1995-1999 nog gemiddeld 40 nieuwe middelen per jaar op de markt verschenen en in de periode 2000-2004 slechts 28 en bovendien weinig 'generieke' (niet geïntegreerde) middelen. Stagnatie in de innovatie of handelsstrategie? Zie *NRC Handelsblad* 17 januari 2008 (<www.nrc.nl>).

In de tweede betekenis betreft het ondernemerschap de vrijheid om het aanbod tegen zelf vastgestelde prijzen op de markt te brengen. Althans zo luidt het toegepast beginsel vanuit de theorie. Vanuit de historie geredeneerd: de zorginstellingen zullen bij meer marktwerking naar een ondernemerschap toe moeten groeien, waarbij onderhandeld wordt over diensten en prijzen op een schaal die grotendeels nog onbekend is in de zorg. Welke juridische belemmeringen doen zich daar voor?

In de derde betekenis wordt het ondernemerschap aangesproken op zijn innovatief vermogen. Hier betekent ondernemen primair het ontwikkelen van nieuwe diensten en producten. Indien de planning de ondernemer hier niet weerhoudt, wat zou hem dan belemmeren de zorg te verbreden, te substitueren, te vernieuwen kortom?

1.2.3 INDELING PREADVIES

Deze indeling in drie aspecten van marktwerking en ondernemerschap geeft ons een aanzet voor een ordening van de stof in het preadvies. Het beleid met betrekking tot de marktwerking in zijn historische ontwikkeling zal kort in dit inleidend hoofdstuk worden behandeld. In het tweede hoofdstuk schetsen wij het wettelijk kader, waarbij met name zal worden ingegaan op de wijze waarop de overheid is teruggetreden in de aanbodregulering en dus marktwerking tot stand heeft gebracht volgens de eerste definitie. In het derde hoofdstuk zal worden ingegaan op de prijsconcurrentie als het centrale element voor bevordering van de marktwerking, waarin dus marktwerking in de tweede betekenis centraal zal staan. In de daarna volgende hoofdstukken richten wij ons op een aantal structurelementen voor marktwerking in de zorg.

In de eerste plaats de effecten van het winstverbod en de wijze waarop de zorgondernemingen toegang hebben tot de kapitaalmarkt. In het vijfde hoofdstuk gaan wij in op juridische aspecten van de hybride marktstructuur, waarin ook in de samenwerking van zorginstellingen met andere ondernemingen er een soort pps-achtige constructies ontstaan. In het zesde hoofdstuk staan wij stil bij de vraag wat de marktwerking nu betekent voor de vormgeving van de zorginstellingen als juridische entiteit en concentreren ons daarbij op het ziekenhuis als concern. Wij ronden dit preadvies af met een samenvatting van onze bevindingen en suggesties.

DEEL I

1.3 *Van marktwerking naar marktwerking*

1.3.1 'OVERHEIDSFALEN'

De overheid heeft in de gedaante van het Kabinet Kok II voor het eerst haar onvermogen beleden om de zorg blijvend en effectief te sturen. Aldus de teneur van de regeringsnota *Vraag aan bod*.⁹ Dit is een historisch document dat getuigt van zelfoverwinning van de overheid en afscheid van een ideologie die de overheidsregulering meerdere decennia heeft gedomineerd en niet alleen, maar toch wel voornamelijk, is geïnspireerd door het aanstekelijke idealisme van het Kabinet Den Uyl, dat meende dat rationalisering van de zorg geboden was en dat alleen de overheid daarvoor zou kunnen zorgen.

1.3.2 WEG VAN DE MARKT

De zorg was ooit particulier terrein. De reflex zich als overheid met de distributie van de zorg te bemoeien is de politieke fantasie niet vreemd. Al in Plato's ideale staat 'Kallipolis' wordt de stand der geneeskundigen bij wet ingesteld. De geneeskunde zal zorg besteden aan de burgers die naar ziel en lichaam van goede aanleg zijn. De anderen echter, mensen die lichamelijk ongeschikt zijn voor de taak die zij in de goed geordende Staat hebben te vervullen, zal de geneeskunde laten sterven. Volgens Plato had Asclepius goed begrepen dat het slechts zin heeft bepaalde goed behandelbare ziekten te verdrijven door de geneeskunde, maar geen zorg te besteden aan door en door zieke lichamen, omdat het geen zin heeft een miserabel bestaan te reken of de zwakken te behouden en zich te laten voortplanten. Het laatste is voor de Staat niet van nut, waarmee Plato van Asclepius tegelijk een staatsman maakt (de Staat 407 d- 408 b).¹⁰ Geneeskunde is politiek. Het joods-christelijk denken heeft ons anders doen voelen. De ziekenhuizen van tegenwoordig zijn nog deels de rechtsopvolgers van de christelijke 'godshuizen' en 'gasthuizen', waar uit barmhartigheid voor de zieken en behoeftigen werd gezorgd. Hier liggen private wortels van ons particulier zorgstelsel. De geneeskunde der geleerden had overigens los van beide haar eigen ontwikkeling in Europa en bracht een private beroepsbeoefening voort.

⁹ *Kamerstukken II 2000/01, 27 855, nr. 2.*

¹⁰ Dat dit geen *slip of the pen* van Plato was bewijst zijn *Gorgias 512a-e*. We moeten overigens wel bedenken dat de geneeskunde in Plato's tijd niet al te veel vermocht aan de huidige maatstaven gemeten en het Plato ernst was met zijn kritiek op de arts Herodicus, die volgens Plato zijn geleerdheid slechts gebruikte om zichzelf het sterven lastig te maken. Sterven is voor Plato beter dan ziekte en ouderdom, waarom hij Socrates' laatste woorden in de *Phaedo* dan ook laat zijn dat aan Asclepius een haan moet worden geofferd als dank voor het euthanasi-cum dat zijn rechters hem, Socrates, hebben doen drinken (118a).

Met de dominantie van de staatsgedachte in de twintigste eeuw werd uiteindelijk aan de rechtstaat de opdracht toebedeeld een voor een ieder geldend recht op zorg te waarborgen. In onze Grondwet is dat overigens een zeer ruime opdracht: ‘de overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid’ (art. 22 lid 1 Grondwet). Deze opdracht wordt als een sociaal grondrecht verstaan. In de memorie van toelichting op de grondwetswijziging van 1983 wordt dan ook gesteld, dat een dergelijk sociaal grondrecht plichten voor de overheid in het leven roept om zodanige voorzieningen te treffen dat de maatschappelijke werkelijkheid zoveel mogelijk in overeenstemming is met hetgeen de sociale grondrechten beogen aan de burger te verzekeren.¹¹ Deze opdracht is niet uniek voor de Nederlandse staat. Zij wordt breed gedragen en is vastgelegd in het Europees Sociaal Handvest (art. 11) en in het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten uit 1966 (met name art. 12). Een verdere uitwerking geeft bijvoorbeeld de Europese conventie voor de bescherming van de rechten van mensen en de menselijke waardigheid bij de toepassing van de biologie en de geneeskunde (Oviedo 1997).¹² De kern van het recht op gezondheidszorg houdt in dat de overheid moet zorgen voor kwalitatief goede, geografisch bereikbare en financieel toegankelijke gezondheidszorg.¹³ De discussie richt zich op de vraag of de Staat nu – als bij Plato – mag of kan bepalen welke zorg wordt verleend of gewaarborgd? Kan, mag of moet de Staat het aanbod sturen?

De kwaliteit van de geneeskunde bewaken is primair de taak geweest van de geneeskundige wetenschap en de professie van artsen, tandartsen, apothekers en andere beroepsgroepen uit de zorg zelf. Hier heeft de overheid voor zichzelf een bescheiden rol gezien. De beroepenwetgeving die teruggaat op Thorbecke beschermde het beroep en titel van arts, apotheker, tandarts enz. Met de Gezondheidswet uit 1865 werd tevens de inspectie op de zorg gestalte gegeven. De Gezondheidswet ging volledig uit van particulier initiatief voor de uitvoering van de zorg. Een belangrijk keerpunt in het denken over

¹¹ M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 78 en 82.

¹² Zie A. Hendriks, ‘Conventie inzake de rechten van de mens en biogeneeskunde (Biogeneeskunde conventie)’, *NJCM-bulletin*, jaargang 22, nr. 1, p. 72-94. En voorts: J.K.M. Gevers, E.H. Hondius & J.H. Hubben (red.), *Health Law Human Rights and the Biomedicine Convention. Essays in honour of Henriëtte Roscam Abbing*, Leiden: Koninklijke Brill NV 2005.

¹³ Zie H.J.J. Leenen en H.D.C. Roscam Abbing, *Bestuurlijk Gezondheidsrecht*, Alphen aan de Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 19 en B.C.A. Toebees, ‘Het recht op gezondheidszorg: zoektocht naar de betekenis van een norm’, *NJCM-bulletin*, jaargang 25, nr. 7/8, p. 1158-1169.

de zorg vormt het Beveridge rapport uit 1942. Tijdens de Tweede Wereldoorlog werd nagedacht over een politiek antwoord op de uitdaging van de meer totalitaire ideologieën, waarvoor zorgvoorzieningen een onderdeel van de staatsbemoeienis vormden. Het programma van sociale zekerheid ‘from cradle to the grave’ van de Labourpartij kostte Churchill na de oorlog zijn herverkiezing. Een van de eerste stappen van de nieuwe Labour-regering was de oprichting van de National Health Service waarmee Engeland een voorsprong nam in de overheidsregulering van de zorg. In ons land was overigens het begin gemaakt met het zorgstelsel door het verplicht stellen van de sociale ziektekostenverzekering door de Duitse bezetter met het Ziekenfondsenbesluit van 1941. Daarvoor waren er wel ziekenfondsen, doch slechts op vrijwillige basis (ca. 50% van de bevolking was vrijwillig ziekenfondsverzekerd). Het Duitse model ging terug op Bismarck, die in de eeuw daarvoor reeds een verplichte *Krankenversicherung der Arbeiter* had ingevoerd.¹⁴ Het bezettingsbesluit werd pas 21 jaar later vervangen door de meer systematische uitwerking ervan in de Ziekenfondswet (Zfw) en voor de in beginsel onverzekerbare zorg werd in 1968 de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten ingevoerd. Daarmee was de financiële toegankelijkheid van de zorg voor eenieder in beginsel gewaarborgd. Nog steeds rekende men op het particulier initiatief voor de uitvoering van de gezondheidszorg en niet tevergeefs. De nieuwe ziektekostenverzekeringen vielen (niet toevallig) samen met een sterke ontwikkeling van het zorgaanbod. In de jaren zestig vonden de medisch specialisten hun weg van de privépraktijk aan huis naar het ziekenhuis. De medische technologie en de noodzaak om samen te werken met andere specialismen zijn met name daaraan debet. Van 1950 tot 1970 steeg het aantal ziekenhuisbedden van ruim 44 000 naar circa 60 000. Per bed stegen de kosten behoorlijk. Naast het ziekenhuis ontstond het verpleeghuis en in een reusachtige inhaalslag haalde het aantal verpleeghuizen de ziekenhuizen in aantal in met in de jaren zeventig in totaal circa 40 000 bedden. De capaciteit van de psychiatrische inrichtingen ontwikkelde zich na de oorlog van krap 3000 plaatsen naar circa 30 000 in de jaren tachtig. De kosten van de gezondheidszorg liepen met deze ontwikkelingen navenant sterk op van 3,5% van BNP in 1953 tot 7% in 1970 en zelfs 10% in 1983. Een probleem dat om een oplossing vroeg.

Men heeft al vroeg ingezien dat meerdere oorzaken aan deze stijging ten grondslag lagen, en dat deze oorzaken bepaald niet uniek waren voor de Nederlandse situatie. Verantwoordelijk werden geacht de algemene loonstij-

¹⁴ K.F.E. Veraghtert en B.E.M. Widdershoven, *Twee eeuwen solidariteit. De Nederlandse, Belgische en Duitse ziekenfondsen tijdens de negentiende en twintigste eeuw*, Amsterdam-Zeist 2002, p. 23 e.v.

ging, de medische vooruitgang, de bevolkingstoename, de toename van welvaartziekten en het algemene verband tussen welvaart en gebruik van medische voorzieningen (hogere vraag door welvaart).¹⁵ De pogingen van de politiek om hierop greep te krijgen, lagen in het verlengde van de overheidsregulering van de Wederopbouw. De Wederopbouwbesluiten en de Wederopbouwwet uit 1950 boden de mogelijkheid het bouwvolume, ook dat voor de zorg, te reguleren onder toezicht van de Minister van Wederopbouw. De overheid kon ingrijpen in de prijzen op basis van de Prijsopdrijving- en Hamsterwet 1939. Deze werd bijvoorbeeld gebruikt om de verpleegprijs in ziekenhuizen te maximeren. Het tekort op de kapitaallasten werd door de Financiering- en garantieregeling 1948 door subsidies gecompenseerd, maar daarmee had de overheid via een adviserende Ziekenhuiscommissie reeds een vinger in de pap over de planning van de ziekenhuisbouw. Na de wederopbouw en met intrekken van de oudere wetgeving was het daarom geen grote stap naar een nieuwe Wet Ziekenhuistarieven (1965) en de Wet ziekenhuisvoorzieningen (WZV) 1971. Het Kabinet Den Uyl kwam echter met een ambitieuzer plan voor de zorg dan de Kabinetten Drees in de wederopbouw fase hadden ontwikkeld. De blauwdruk hiervan was reeds te vinden in Den Uyls verkiezingsmanifest uit 1963.¹⁶ De economische groei moest worden omgebogen naar gemeenschapsvoorzieningen op basis van sociale rechtvaardigheid met herverdeling van inkomens (nivellering). Het wetgevingsprogramma voor de zorg werd geschetst door de toenmalige Staatssecretaris van Volksgezondheid en Milieuhygiëne, J.P.M. Hendriks in de *Structuurnota Gezondheidszorg*.¹⁷ Deze nota bouwde overigens voort op de eerdere bevindingen van de *Volksgezondheidsnota 1966*, waarin de eerste aanzet tot de WZV werd gegeven.¹⁸ In plaats van de onevenwichtige ontwikkeling van de markt zou moeten worden bijgestuurd om te komen tot geordende, op elkaar regionaal afgestemde voorzieningen die zich in een planmatig geheel zouden moeten ontwikkelen.¹⁹ Daartoe zouden de kostenbeheersing en de planning zich moeten verbreden van de ziekenhuiszorg tot de gehele gezondheidszorg. Dit leidde tot de opzet van de Wet voorzieningen gezondheidszorg (WVG), waarvan het ontwerp in 1976 bij de Tweede Kamer werd ingediend.

¹⁵ *Kamerstukken II 1967/68*, 9717, nr. 3, p. 5 en 6.

¹⁶ *Om de kwaliteit van het bestaan. Verkiezingsmanifest 1963 van de Partij van de Arbeid*, Amsterdam 1963.

¹⁷ *Kamerstukken II 1973/74*, 13 012, nr. 1 en 2, d.d. 9 augustus 1974.

¹⁸ Leenen & Roscam Abbing, 1986, a.b., p. 16 en 17.

¹⁹ *Kamerstukken II 1973/74*, 13 012, nr. 2, p. 5.

Het concept van de integrale overheidsplanning van de zorg kan geplaatst worden tegen het licht van de ervaringen met de (herziene) Gezondheidswet van 1956. Deze Gezondheidswet is de ware belichaming van het 'poldermodel'. De wet beoogde samenwerking tussen overheid en particulier initiatief bij de organisatie van de gezondheidszorg te organiseren op basis van pariteit van overheid en particulier initiatief. Naast de landelijk werkende Gezondheidsraad, die een taak had op meer wetenschappelijk gebied, fungeerden Provinciale Raden voor de Volksgezondheid. Deze raden zouden impulsen moeten geven voor een regionale ordening van de gezondheidszorg. De Provinciale Raden (zelfstandige rechtspersonen) hadden een brede taakopdracht, die in ieder geval omvatte: het stimuleren van de gezondheidszorg binnen de provincie, het bevorderen van de coördinatie van alle werkzaamheden welke op het gebied van de volksgezondheid binnen de provincie worden verricht, het uitbrengen van adviezen onder meer omtrent de verdeling van rijkssubsidies en het bevorderen van het ter beschikking stellen van gelden en andere middelen ten behoeve van de gezondheidszorg (art. 47 Gezondheidswet). Voor zover dienstig zouden de raden onderling samenwerken. Hun werkzaamheden werden overkoepeld door de Centrale Raad voor de Volksgezondheid. Van deze raad was het advies van 6 januari 1972, waarbij de raad concludeerde dat de vrije en ongecoördineerde groei van initiatieven had geleid tot overlappingsen en lacunes in het zorgaanbod en tot een ingewikkeld en onoverzichtelijk patroon van voorzieningen. Door de ongecoördineerde ontwikkeling ontbrak een goede territoriale spreiding van voorzieningen terwijl zowel landelijk als regionaal het gevaar van overcapaciteit dreigde. Vrijblijvende vormen van overleg en samenwerking zouden niet meer volstaan en een functionele regionalisatie, waarin goed toegeruste regionale organen duidelijke bevoegdheden zouden moeten krijgen, was noodzakelijk. Met dit advies tekende de raad haar eigen verklaring van onvermogen.

Het poldermodel van de Gezondheidswet had kennelijk niet gewerkt en evenwicht en harmonie tussen overheid en particulier initiatief maakten vrijwillig plaats voor organisatie onder de krachtige leiding van de overheid. Dat was niet aan dovemansoren gezegd en het ontwerp van de Wet voorzieningen gezondheidszorg getuigde ervan. De veronderstelling van deze wet was dat het particuliere initiatief ontoereikend is voor het ontwikkelen van een doeltreffend stelsel voor gezondheidszorg en alleen de overheid een rationeel geordend aanbod kan bewerkstelligen. Instrumenten daarvoor zijn de planning van het zorgaanbod door een vergunningsstelsel voor zowel instellingen als beroepsbeoefenaren (vestigingsbeleid), een kwaliteitsbeleid waarbij capaciteit op het gewenste niveau van de voorziening zou worden afgesteld ter uitvoering van de planning, een erkenningeregime en een regime van bouwvergunningen voor zorginstellingen, een gemeentelijk vestigings-

beleid, alsmede het opzetten van een netwerk van openbare gezondheidsdiensten en een serie bevoegdheden om de samenhang tussen de voorzieningen te kunnen afdwingen, inrichtingen te kunnen sluiten of inperken en saneren. De WVG overleefde het Kabinet Den Uyl en werd in 1982 ingevoerd. De sturingsambitie was daarmee nog niet verflauwd, want de integrale planning werd van gezondheidszorg uitgebreid tot maatschappelijke dienstverlening met het wetsvoorstel Wet Gezondheidszorg en Maatschappelijke dienstverlening (WGM). De WGM werd in 1986 aan de Tweede Kamer als wetsvoorstel aangeboden, doch binnen het jaar weer ingetrokken. Vermeldenswaardig was evenwel dat volgens de wet een financieel overzicht gezondheidszorg en maatschappelijk welzijn in beginsel alle kosten van voorzieningen zou samenvatten en aangeven welke financiële ruimte er in totaal beschikbaar was voor de exploitatie van de in de plannen opgenomen voorzieningen. Deze aanzet van de bevoegdheid om de macrokosten te kunnen beheersen zou wel een vervolg krijgen. De ervaring opgedaan met de WZV en de WVG waren inmiddels tweërlei. Enerzijds bleek het wel mogelijk voor de centrale overheid om centraal normen te stellen voor de gezondheidszorg, maar niet doenlijk om feitelijk de werking van de gezondheidszorg vooruit te zien, te plannen en te besturen. Dat bleek al snel na 1971, toen anders dan de wet voorschreef een bevredigend landelijk ziekenhuisplan niet tot stand bleek te kunnen komen en men zich moest behelpen met het jarenlang in stand houden van de overgangsregeling van art. 29 WZV. Decentralisatie leek het antwoord en daarmee werd een belangrijke rol toebedeeld aan de provincies. De decentrale bestuursstructuur die in de WVG was opgetuigd bleek echter ook te ingewikkeld. Grote delen van de wet zijn nimmer in werking getreden. Bij circulaire van 21 juni 1988 kondigde de Staatssecretaris van WVC af dat de integrale en sectorale planning volgens deze wet zou worden beëindigd. Kort daarvoor was het rapport van de Commissie Structuur en Financiering Gezondheidszorg (de Commissie-Dekker), *Bereidheid tot verandering* verschenen, waarmee weer ruimte werd geboden aan de marktwerking. Het rapport behelsde echter allerm minst een volledige opheffing van de centrale sturing en planning. De infrastructuur voor de ziekenhuiszorg zou onderworpen blijven aan planning. Het was de verantwoordelijkheid van de overheid om de overcapaciteit in de ziekenhuiszorg te reduceren. De commissie voorzag de noodzaak om hele ziekenhuizen te sluiten, teneinde een gezonde marktwerking op gang te brengen. Dit verklaart waarom de planvorming op basis van de WZV pas goed op gang kwam in de negentiger jaren, nadat het instrumentarium van de Minister van VWS om het stokkende planningsproces te doorbreken was versterkt (tijdelijke Wet capaciteitsreductie ziekenhuizen). Met het aantreden van het eerste Paarse Kabinet werd tegelijk de weg terug ingezet naar meer ruimte voor marktwerking, alsook het instrumentarium van de overheid in de smidse van het bestuursrecht gesmeed.

Een tweede lijn loopt namelijk van de *Structuurnota Gezondheidszorg* naar de *Wet tarieven gezondheidszorg* van 1980 (die een eerdere Wet ziekenhuistarieven uit 1965 verving). De WTG onderwierp alle prestaties van organen van gezondheidszorg (instellingen en beroepsbeoefenaren) aan tariefregulering door het Centraal orgaan tarieven gezondheidszorg, later College tarieven gezondheidszorg. Volgens de WTG is het verboden aan aangewezen organen voor gezondheidszorg een tarief in rekening te brengen dat niet overeenkomstig die wet was goedgekeurd of vastgesteld door het COTG (CTG). De wet was in zoverre gebaseerd op het overlegmodel, dat wordt voortgebouwd op het stelsel van de Ziekenfondswet en de AWBZ dat voorziet in onderhandelingen tussen de ziektekostenverzekeraars en de zorgaanbieders over onder meer de tarieven. Een orgaan voor gezondheidszorg dat met een ziektekostenverzekeraar een tarief was overeengekomen, kon daarvan goedkeuring vragen bij het COTG/CTG (art. 4 WTG). Het tarief diende aan, door het COTG/CTG vastgestelde beleidsregels omtrent de hoogte, de opbouw en de wijze van berekening van een tarief, te voldoen, zodat er voor deze afspraken in beginsel beperkte ruimte was. Voor de individuele beroepsbeoefenaren werden de tarieven overeengekomen met de representatieve organisaties. De representatieve organisaties hadden bovendien een adviserende rol bij het vaststellen van beleidsregels via Kamers van het COTG/CTG (art. 23 WTG). De Minister van VWS en de Minister van Economische Zaken konden tezamen aan het COTG aanwijzingen geven met betrekking tot de inhoud van de beleidsregels. De beleidsregels van het COTG/CTG behoefden bovendien goedkeuring van beide ministers (art. 12 WTG). Vanaf 2000, toen het COTG CTG werd, verviel de rol en betrokkenheid van de Minister van Economische Zaken. De goedkeuring kon aan beleidsregels worden onthouden wegens strijd met het recht of het belang van de volksgezondheid. De WTG had tot doelstelling het tot stand brengen van een evenwichtig stelsel van tarieven, maar uitdrukkelijk ook het beheersen van de kosten van de gezondheidszorg. Het onthouden van goedkeuring ex art. 12 lid 1 WTG kon verwijzen naar het belang van het beheersen van de kostenontwikkeling in de gezondheidszorg.²⁰ Deze twee potentieel met elkaar strijdige uitgangspunten vormen een van de redenen waarom de WTG voor de lange termijn niet houdbaar werd geacht en inmiddels is vervangen door de Wet marktordening gezondheidszorg (2006). Het beginsel van evenwichtige tarieven leidde tot genormeerde budgetten voor de instellingen op basis van aantal bedden, specialistenplaatsen, behandelingsplaatsen, enz. met als bijzonderheid dat investeringen die waren goedgekeurd door de overheid in het kader van de Wet ziekenhuisvoorzieningen verwerkt werden in de jaarlijkse budgetten en de tarieven. Voor de beroepsbeoefenaren golden

²⁰ *Kamerstukken II 1997/98*, 26 062, nr. 3, p. 2.

tarieven op basis van genormeed inkomen en genormeerde kosten, welke tarieven later ten dele werden geliberaliseerd tot maximumtarieven. Om in de paragraaf over de prijsconcurrentie het uitgangspunt van de liberalisering te kunnen aangeven, gaan wij hier nog nader op in. Hier is echter van belang te zien dat een in beginsel normatieve benadering van de kosten van de zorg werd gevolgd, waarbij de instellingen niet geacht werden winst te maken en voor beroepsbeoefenaren een norminkomen in de beleidsregels was opgenomen. Met een dergelijke genormeerde kostenbenadering van de zorg verdraagt zich slecht het feit dat op andere grondslag de tarieven konden worden doorkruist met kortingen om het totaal van in rekening te brengen tarieven in enig jaar binnen een politiek begrensde macrokader te houden.

Om twijfel hierover weg te nemen werd art. 11 lid 2 WTG in 1990 aan de wet toegevoegd, dat beleidsregels van het COTG gericht konden zijn op het tot stand brengen van afhankelijkheid tussen de hoogte van een tarief of tarieven en een totaal van enige periode in rekening gebrachte dan wel te brengen tarieven. Bij de parlementaire behandeling onderstreepte de toenmalige Staatssecretaris van WVC dat de bevoegdheid om omwille van het macrokader kortingen op te leggen in de tarieven een uiterste redmiddel zou zijn, waarbij 'prudentie tot in het uiterste' zou dienen te gelden. Aan dit artikel, dat verder geen enkel aanknopingspunt biedt voor de wijze waarop bestuurlijke afwegingen in dit opzicht dienen te worden gemaakt, is al spoedig een strikte budgetdiscipline geknoopt, waarbij de overheid de jaarlijkse totale kosten per sector begrootte en de desbetreffende sectoren die de jaarlijkse ramingen overschreden daarop afrekende met redresserende kortingen. In de jaarlijkse budgetten (aanvankelijk op historische basis) werd rekening gehouden met inflatie, de autonome groei (demografische en zorginhoudelijke ontwikkelingen) en politiek beleid (de intensiveringen). Jaar na jaar kwamen de ramingen echter niet uit en werden generieke kortingen in de diverse sectoren toegepast.²¹ In de jurisprudentie die hierop ontstond, werd maar zelden besloten dat de door de Minister van VWS bij aanwijzing aan het COTG/CTG opgelegde kortingen onverbindend waren.²² Allengs groeiden de tarieven daarmee weg van de historische rechtvaardiging en de feitelijke kostenontwikkeling en gestegen zorgvraag. Uiteindelijk vond ook de overheid dat de tariefregulering de verhouding tussen wettelijke tarieven en werkelijke kosten (en kosten van noodzakelijke innovaties) grondig had verstoord.

²¹ E.T. Schut, *De zorg is toch geen markt? Laveren tussen marktfaalen en overheidsfaalen in de gezondheidszorg* (oratie Rotterdam), 9 mei 2003, p. 11.

²² Zie M. Gelpke, 'De WTG en het macrobudget: de evenwichtigheid prijsgegeven', annotatie bij CBB 22 november 1994, *RZA Klassiek*, p. 945-955.

1.3.3 VAN HET ABSTRACTE BELEID TERUG NAAR DE WERKELIJKHEID VAN DE ZORGMARKT

Het rapport van de Commissie-Dekker werd niet onmiddellijk in daden omgezet. Het duurde nog een decennium voor de geesten rijp waren. Een belangrijke impuls leverde het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid *Volksgezondheid* uit 1997, waarin de vraag naar de houdbaarheid van het stelsel op langere termijn centraal stond. Het overheidsbeleid was te diffuus en te etatistisch geworden in de ogen van de raad. Als groei van de gezondheidszorg een gegeven blijkt, moeten wij ons afvragen of de solidariteit die in ons stelsel ligt besloten op den duur houdbaar is. Het corporatistische model verdroeg zich slecht met de kostenbeheersingdoelstelling en de raad pleitte voor een geregleerde marktwerking met waarborgen van overheidswege voor het in stand houden van de solidariteit (sociale basisverzekering). De doelmatigheid van de markt verbinden met de solidariteit van de sociale verzekering is de oplossingsrichting van de WRR. Het rapport ging verder met name in op de prioritering van de te verzekeren zorg. De verantwoordelijkheid voor de uitvoering van een verplichte verzekering zou moeten worden gedelegeerd aan de zorgverzekeraars.²³

De gedachtevorming werd voortgezet door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg ('RVZ') in het rapport *De rollen verdeeld* uit 2000, waarin werd ingegaan op de verdeling van de verantwoordelijkheid in een stelsel met meer marktwerking. De RVZ pakte daarmee het vraagstuk van de werking van de markt in de zorg op. De basistekortkoming is dat tegenover de door de overheid geregleerde aanbodzijde geen *countervailing power* aan de vraagzijde van de verzekerde/patiënt staat. Er is een fundamentele disbalans tussen vraag en aanbod. Er is geen directe relatie tussen de op de beheersingsbehoefte van de overheid gebaseerde budgettering enerzijds en de reële zorgbehoefte van de burger anderzijds. Aan de zijde van de patiënt en verzekerde heeft een meer abstracte benadering van het burgerschap in termen van zelfbeschikking en keuzevrijheid geleid tot een passieve aanspraak op zorg, terwijl urgent is om nu ook de actieve component van plichten en verantwoordelijkheden van burgers voor de publieke zaak te mobiliseren. Daarbij gaat het niet alleen om vraagsturing van de zorg, om keuzevrijheid (beschikbare opties) en het vermogen om te kiezen (competenties), maar ook om het aanvaarden van het dragen van de consequenties van de eigen keuzes.

²³ WRR, *Volksgezondheidszorg*, rapport nr. 52, Den Haag: Sdu uitgevers 1997.

De RVZ toonde zich voorstander van meer ondernemerschap in de zorg, maar dan wel als ‘maatschappelijk ondernemen’, en definieerde dit als ‘ondernemen in het publieke belang, dus het nemen van risico’s, het stimuleren van innovatie, het creatief inspelen op ontwikkelingen in de omgeving, en dit alles binnen een kader van publieke normen rond solidariteit, toegankelijkheid en gelijkheid’.²⁴ Het maatschappelijk ondernemerschap wordt volgens de RVZ gehinderd door de planningswetgeving (WZV) en prijsregulering (WTG). De regelgeving heeft een cultuur gecreëerd van afwachten en gehoorzaamheid, van interne gerichtheid van aanbieders en verzekeraars op elkaar in plaats van op de eindgebruiker, heeft gezorgd voor bureaucrativering en zo meer.²⁵ Het zal zaak zijn om de negatieve en zelfs perverse prikkels weg te nemen en de risico’s die verbonden zijn aan marktwerking te aanvaarden om het stelsel vlot te trekken. De overheid moet zich terugtrekken op vier kerntaken:

- het zijn van marktmeester en toezichthouder;
- het stellen en opleggen van gezondheidszorgdoelen in combinatie met een preventiebeleid;
- het formuleren van de wettelijke zorgverzekeringsaanspraken en borging van de rechten van verzekerden;
- het voeren van kwaliteitsbeleid.²⁶

De Raad was voorstander van het invoeren van een nieuwe verzekering conform het plan van de Commissie-Dekker (brede basisverzekering met concurrerende verzekeraars), van een vrije toetreding tot de zorgaanbiedermarkt en een opheffing van het winstverbod voor zorginstellingen. Kortom de overheid moest een fikse stap terug doen en in plaats van de bestuurlijke problemen steeds te vertalen in kostenbeheersing en geld tot een probleem te maken, het geld als instrument voor de zorg laten werken en vertrouwen op de werking van het vrije maatschappelijk ondernemerschap op een concurrerende markt. Deze visie werd ondersteund door de SER in het rapport *Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen*.²⁷

Het Kabinet Kok II nam deze visie over. Het was een publieke (in de zin van bestuurlijke en openbare) boetedoening van de overheid toen zij in de nota *Vraag aan Bod* erkende dat de dominante aanbodsturing had geleid tot:

²⁴ *De rollen verdeeld*, Zoetermeer 2000, p. 50-51.

²⁵ *De rollen verdeeld*, Zoetermeer 2000, p. 56-57.

²⁶ *De rollen verdeeld*, Zoetermeer 2000, p. 89.

²⁷ *SER rapport*, uitgebracht door de Minister van VWS, publicatienummer 00.12, Den Haag 15 december 2000.

DEEL I

- geringe vraaggerichtheid van het zorgaanbod;
- beperkte ruimte voor ondernemerschap, flexibiliteit en innovatie;
- geringe doelmatigheid (tegenstrijdige instrumenten);
- onvoldoende informatie over en te weinig transparantie van het zorgaanbod.

In de gezondheidszorg had de regelgeving het ondernemerschap verdrongen en dat zou moeten worden teruggedraaid. De gezondheidszorg zal weerbaar moeten zijn en met name het innovatieve vermogen zal op de proef worden gesteld om de uitdagingen van de toekomst aan te kunnen. De regering verzag al in 2000 dat de zorgvraag en de zorgkosten zullen toenemen en wel voornamelijk als gevolg van de vergrijzing. Daarbij komt dat met de toename van de welvaart de zorgvraag van de veeleisender en koopkrachtiger wordende bevolking toeneemt. (Minimale zorg is niet genoeg.) De technologische vernieuwing zal de oude in de richting van het stelsel achterhalen. De toename van de kennis zal ook toenemende risico's impliceren, waarvan als belangrijkste voorbeeld de druk op de risicosolidariteit door voorspellende geneeskunde (genetica).²⁸ De visie in de nota *Vraag aan Bod* is dat in zes parallelle trajecten de omslag wordt gemaakt van overheidsgeruleerde aanbodsturing naar vraaggerichte marktwerking:

1. de overheid creëert een level playing field tussen verzekeraars (toen nog particuliere ziektekostenverzekeraars en ziekenfondsen), aan wie een winstmotief is toegestaan, die voldoende prikkels voelen om bij zorgaanbieders dat aanbod te contracteren dat aansluit bij de preferenties van hun verzekerden (door het invoeren van een algemene zorgverzekering met acceptatieplicht ter bescherming van de verzekerden en een risico-verevening voor verzekeraars);
2. als voorwaarde voor de werking van concurrentie moeten verzekeraars en zorgvragers over optimale keuzemogelijkheden beschikken en dus over informatie. De transparantie van zorgmarkt en verzekeringsmarkt moet worden vergroot;
3. de overheid bevordert de institutionele waarden, het versterken van normen binnen organisaties die de behartiging van het publieke belang ondersteunen. Daarvoor dienen jaarlijkse verantwoording, health care governance en eisen van goed verzekeraarschap;
4. concurrentie verlangt vrije prijsvorming. Waar de marktsituatie dat mogelijk maakt (voldoende aanbod en transparantie) worden de prijzen door de overheid vrijgelaten;

²⁸ *Kamerstukken II 2000/01, 27 885, nr. 2, p. 14.*

5. verruiming van het zorgaanbod wordt gerealiseerd door bestaande aanbieders in principe zelf hun investeringsbeslissingen te laten nemen en nieuwe aanbieders vrij te laten toetreden. De WZV wordt vervangen (door wat later de WTZi zal worden);
6. de macrokostenbeheersing dient niet te interveniëren met de mogelijkheden tot sturen van de zorg door verzekeraars. Overheidssturing door ingrijpen in tarieven en budgetten van zorgaanbieders en instellingen maakt plaats voor instrumenten als het wijzigen in de zorgaanspraken krachtens de wettelijke ziektekostenverzekering en/of eigen betalingen en wijziging in de structuur van het zorgstelsel.²⁹

Deze visie heeft zijn neerslag gevonden in het wetgevingsprogramma dat onder minister Hoogervorst van VWS in het Kabinet Balkenende II door het parlement is geloodst. Wat men ook op verschillende onderdelen kan afdingen, dit was een politieke prestatie van formaat, waar de zorg bijna 20 jaar op had gewacht. De Ziekenfondswet werd vervangen door de Zorgverzekeringswet met ingang van 1 januari 2006. Gelijktijdig werd de Wet ziekenhuisvoorzieningen ingetrokken en vervangen door de Wet toelating zorginstellingen. Per 1 oktober van datzelfde jaar kwam de Wet marktordening gezondheidszorg (WMG), waarbij de Nederlandse zorgautoriteit werd ingesteld, in de plaats van de Wet tarieven gezondheidszorg. Het College tarieven gezondheidszorg en het College toezicht zorgverzekeringen werden opgeheven.

Daarmee was de weg terug gevonden naar herstel van ondernemerschap in de zorg. Tegelijkertijd lag hierin besloten dat een shift van totaalplannen en totaalbudgetten naar effectieve complexiteit moest worden gemaakt. De herziening van het stelsel was geen belofte voor eenvoud en ongecompliceerdheid.

1.4 *Jede Konsequenz führt zum Teufel*

De stelselwijziging betekende allerm minst dat nu de zorg vrijgegeven werd aan de markt, de overheid er nu maar het beste van moest hopen. Integendeel, *health economics* – voor zover in deze discipline al rijpe vruchten waren te plukken – leerde nu juist dat de gezondheidszorg vergeven was van marktimperfections. Kenneth J. Arrow heeft ze in zijn baanbrekende artikel in 1963 al bijna allemaal aangewezen.

²⁹ *Kamerstukken II 2000/01, 27 855, nr. 2, p. 24-32.*

De zorg is een product met een onzekere uitkomst. De vraag is grillig en onvoorspelbaar (zowel collectief als individueel). De zorgaanbieder is gebonden aan non-commerciële normen van zijn professionele standaard en werkt op basis van een vertrouwensrelatie met de patiënt. Er is een groot verschil in deskundigheid tussen patiënt en hulpverlener over de nuttigheid van bepaalde zorg, die bovendien met onzekerheden omgeven is. De toetreding tot de markt wordt belemmerd door beperkte capaciteit van gesubsidieerde opleidingen. De zorgverzekeringsmarkt zal niet alle gezondheidsrisico's willen verzekeren (preventie, handicaps en reeds ingetreden chronische aandoeningen). De markt is gevoelig voor een risicoselectie bij de verzekering. Eenmaal verzekerd is er omgekeerd de *moral hazard*, na betaling en aanspraken op ongelimiteerde consumptie bij ziekte. In verschillende figuraties zijn deze markt imperfecties benoemd en beschreven door de RVZ,³⁰ de WRR, het CPB³¹ en verschillende economen.³²

In het verlengde van Arrows kan worden gesteld dat het moment van contracteren niet een match van vraag en aanbod, van prijs en product aanwijst, doch eerder het begin van een relatie met een onzekere uitkomst voor wat betreft diagnose, behandeling, duur, omvang en uitkomst. Al leveren grote getallen helderheid en voorspelbaarheid op en kunnen producten worden gevangen in diagnose-behandeling-combinaties (DBC's) en in zorgzwaartepakketten (ZZP's). Op individueel niveau is er niet alleen informatieasymmetrie tussen patiënt en hulpverlener, maar tevens een in de aard van het product schuivend gebrek van transparantie. Waar de zorg het economen en managers lastig maakt, ligt natuurlijk de uitdaging en de bevrediging voor de werkers in de zorg, dat zij met een geïndividualiseerd product bezig zijn met een menselijke factor.³³ Daarbij komt overigens dat al ware de zorg wel een meer eenduidig product als een *commodity* op de goederenbeurs, dan nog moet men zich realiseren dat de perfecte markt niet meer is dan een theoretische grootheid, waarmee geen empirische feitelijkheid samenvalt.³⁴ Wetenschappelijke bescheidenheid van economen op dit punt doet de vraag rijzen naar de evenwichtigheid van het marktwerkingsbeleid van de overheid.

³⁰ *Tussen markt en overheid*, advies uitgebracht aan de Minister van VWS, Zoetermeer, december 1998.

³¹ *Zorg voor concurrentie*, CPB-documenten, januari 2003, nr. 28, p. 43.

³² Als voorbeeld noemen wij R. Lapré, F. Rutten en E. Schut, *Algemene economie van de gezondheidszorg. Leerboek voor universiteiten en overig beroepsopleidingen*, Maarssen, Elsevier gezondheidszorg, p. 47-48 en 220-223.

³³ Zie voorts Sijmons, 2006, p. 60-61.

³⁴ Zie E. Screpanti en S. Zamagni, *An Outline of the History of Economic Thought*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 388-394.

De overheid erkent dat de markt opgedeeld is in verschillende deelmarkten, waarin in verschillend tempo de liberalisering zal moeten worden gerealiseerd. Daartoe viel de term ‘proceswetgeving’ in de stelselwijziging (ten aanzien van de WTZi, maar evengoed toepasbaar op de WMG). Men kan de verschillende markten onderzoeken op deelkenmerken en dus mate van ontwikkeling in progressie naar de vrije markt toe (bijvoorbeeld de beoordeling van de prijselasticiteit), maar de ambitie van de overheid strekt verder, namelijk tot het creëren en ontwikkelen van markten in de zorg. Volgens art. 16 van de WMG is de Zorgautoriteit immers niet alleen belast met het markttoezicht, maar ook met de ‘marktontwikkeling’. De Zorgautoriteit mag met dat doel algemene verplichtingen opleggen aan zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars (art. 34 WMG), tarieven reguleren (art. 35 jo. art. 50 t/m 55 WMG), regels stellen, inhoudende aan wie, door wie of op welke wijze, onder welke voorwaarden met inachtneming van welke voorschriften of beperkingen een tarief in rekening kan worden gebracht (art. 37 WMG), informatieverplichtingen opleggen aan zorgaanbieders (art. 38 en 39 WMG), regels stellen betreffende de wijze van totstandkoming van overeenkomsten met betrekking tot zorg of tarieven en betreffende de voorwaarden in die overeenkomsten (art. 45 WMG) en meer specifieke jegens één of meer zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars gerichte verplichtingen opleggen in geval van aanmerkelijke marktmacht (art. 48 WMG). Nu kan de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) ongetwijfeld marktwerkingbevorderende maatregelen nemen. In algemene zin is het probleem daarbij dat theoretisch maatregelen eenvoudiger zijn te beargumenteren dan empirisch te onderbouwen. In de eerste blauwdrukken van de NZa heeft er dan ook wel wat van weg, dat de ideologie van de marktbaarheid van de samenleving lijkt te zijn ingeruild voor de ideologie van de marktbaarheid van de vrije markt.

Het zal duidelijk zijn dat in onze eerste definitie van marktwerking wij op een pragmatische paradox stuiten. De overheid kan zichzelf niet wegereguleren. In de tweede betekenis is marktwerking zeker te reguleren, de verplichte aanbestedingsprocedures zijn er het standaardvoorbeeld van. Daarmee is echter nog niet marktwerking in de derde betekenis bevorderd, namelijk dat de markt innoveert en ondernemerschap activeert om te voldoen aan nieuwe vragen. De shake out onder de thuiszorginstellingen bij de aanbestedingsprocedures van de gemeenten na invoering van de *Wet maatschappelijke ondersteuning*, die door subsidieregelingen en een wetswijziging weer moet worden gedresseerd, is daarvan een sprekend voorbeeld. De efficiency waarbij de huishoudelijke hulp in plaats van door kwalitatief geschoold personeel onder een CAO werd afgeschoven op freelance alfahulpen, was te veel marktwerking en illustratief voor hoe onbewaakte kwaliteit en prijsconcurrentie samen tot een race to the bottom kunnen leiden.

Een andere zorg is de sterke fusietendens op de zorgverzekeringsmarkt, waardoor nu nog slechts een vijftal conglomeraten van zorgverzekeraars resteren. Volgens de NZa is er nog steeds voldoende voor effectieve competitie.³⁵ Feit is echter dat de zorgverzekeraars flink hebben ingeteerd op hun reserves (die zij overigens mee hadden gekregen als exploitatieoverschotten van hun ziekenfondsen) en aan hun rol als regisseur van de zorgmarkt nauwelijks zijn toegekomen.

Nu kenmerkt het marktwerkingsbeleid van de overheid zich door een pragmatische aanpak. Het Ministerie van Economische Zaken heeft in februari 2008 een onderzoek naar het marktwerkingsbeleid over de afgelopen tien jaar gepresenteerd. Bij de analyse (en dat is wat anders dan bij de beleidsontwikkeling) is door het Ministerie van EZ het structuur-gedrag-resultaat paradigma uit de theorie van de industriële economie gebruikt (Harvard-model van workable competition).³⁶ Het onderzoek maakt een methodologisch voorbehoud, namelijk dat het niet mogelijk is om een causale relatie te leggen tussen het marktwerkingsbeleid van de overheid en de ontwikkelingen die zich in de diverse sectoren, waaronder de gezondheidszorg, hebben voorgedaan. De effecten van het beleid kunnen namelijk niet worden onderscheiden van externe factoren, zoals in de medische sector de technologische vooruitgang en de zich veranderende behoefte van de patiënten en cliënten (door welvaartstoename en veranderende zorgvraag door vergrijzing, waarbij meer chronische ziekten en co-mobiliteit optreden). Het ontbreekt ook aan voldoende objectieve meerjarendata en nulmetingen van de situatie ten tijde van de beleidswijziging. Daardoor wordt niet van effecten van marktwerkingsbeleid, maar van ontwikkelingen in de onderzochte sectoren gesproken. Met het structuur-gedrag-resultaat paradigma worden de ontwikkelingen beoordeeld. Dat hier een cirkel in de redenering schuilt, in die zin dat de effecten in de ontwikkelingen worden toegeschreven aan structuurelementen die verondersteld worden al dan niet een marktwerking op te leveren, is kennelijk onvermijdelijk. Als algemene conclusies geeft het rapport aan:

- het marktwerkingsbeleid is gepaard gegaan met wet- en regelgeving die randvoorwaarden specificeren voor kwaliteit en toegankelijkheid. Dit betekent dat het terugtreden als overheid in de onderzochte sectoren aan de ene kant gepaard is gegaan met een toegenomen aanwezigheid in andere vorm om de publieke belangen te borgen. In de eerste betekenis

³⁵ 'Monitor Verzekeringsmarkt', *De balans* 2007, p. 8-9 en 21-24.

³⁶ *Onderzoek marktwerkingsbeleid*, rapportage ministerie van EZ, Den Haag, februari 2008, p. 16.

van marktwerking, blijkt dat dit compensatiemechanisme ervoor zorgt dat het gaat om nieuwe verhoudingen, maar niet om een vrijgeven van gebieden van de markt aan de vrije natuur;

- marktwerking vergt een transitieproces en het vormgeven van marktwerking kost tijd. De overheid houdt er rekening mee dat marktpartijen hun gedrag moeten aanpassen aan de nieuwe marktomstandigheden. Het blijkt dat het vraag- en aanbodmechanisme uit de prijstheorie door de actoren op de markt moeten worden geleerd en verwerklijkt. Concurren moet je leren, strategisch inkopen ook. De partijen in het veld moeten de markttheorie met andere woorden internaliseren en toepassen. In de zorg geldt dit bijvoorbeeld voor de zorgverzekeraars die de rol als zorginkopers nog niet hebben waargemaakt. Ook patiënten en cliënten zijn in hun keuzegedrag waarschijnlijk nog niet gewend aan hun nieuwe rol;
- de overheid moet zijn nieuwe rol leren. Ook de overheid maakt een gewenningsproces door. Zij moet bijvoorbeeld het aanbesteden leren, en in de zorg zien we dat de NZa nog zoekende is naar haar rol als marktmeester.

Als lessen voor de toekomst, maar daarmee tevens ook als karakteristiek voor het marktwerkingsbeleid van VWS, komt het rapport ten slotte op de conclusie dat marktwerking slechts een middel is en niet het politieke doel. In heel algemene termen wordt van dit middel verwacht dat de doelmatigheid en dynamiek (innovatie) worden vergroot daar waar consumenten hun vraag effectief kunnen uitvoeren en aanbieders onder invloed van concurrentiedruk effectief op de vraag kunnen inspelen. Meer specifiek blijkt marktwerkingsbeleid vooral maatwerk zonder algemene blauwdruk. Marktwerkingsbeleid heeft heldere doelstellingen nodig en uitgesproken verwachtingen over de inzet van middelen. De lessen zijn verder, dat goed toezicht (marktmeesterschap) noodzakelijk is, meer aandacht moet worden besteed aan de vraagzijde (transparantie) van de markt en dat de overheid zich bewust moet zijn van gevestigde belangen voor het creëren van draagvlak voor het marktwerkingsbeleid en om een kosten-batenanalyse te kunnen maken voor de invoering van marktwerking. Vertaald naar de zorg wordt nog steeds van marktwerking innovatie verwacht, de overheid moet voor de kwaliteit en transparantie waken en een actieve rol moet worden verwacht van de marktmeester NZa. De laatste les is naar onze mening het moeilijkst in de zorg toe te passen: het mobiliseren van de gevestigde belangen en een transitie tot stand brengen zonder al te grote brokken onderweg. Liberaliseren met een Big Bang of begeleide overgang. Er zijn langjarige leertrajecten aan te wijzen. Het ondernemerschap en de marktwerking in de zorg staan nog maar aan het begin.

Al met al is helder dat het bij marktwerking in de zorg niet zal kunnen gaan om een eenduidig en simpel mechanisme, maar om een verschijnsel met vele facetten en belangen. Na de vaststelling – die naar onze indruk wel algemeen wordt gedeeld – dat het oude stelsel was vastgelopen in de overheidsregulering, en dus niet marktfaalen, maar overheidsfaalen de premisse van wijziging van het stelsel is, is er natuurlijk geen weg terug.

2. Wettelijk kader

2.1 Stelselwijziging in 2006

Begon de jaren zestig het oude stelsel met het fundament van de financiering door de Ziektelkostenverzekering, zo geldt ook nu nog dat de basis voor het nieuwe stelsel de nieuwe Zorgverzekeringwet is. Aan de beide ziektekostenverzekeringswetten, de Ziekenfondswet en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten was al gesleuteld om meer marktwerking te introduceren, voordat de Ziekenfondswet werd vervangen door de Zorgverzekeringwet in 2006. Wij laten de stappen naar het nieuwe stelsel toe in dit verband buiten beschouwing.³⁷

2.2 Zorgverzekeringwet als basis voor marktwerking in het stelsel

2.2.1 ALGEMEEN

De Zorgverzekeringwet (Zvw), die per 1 januari 2006 van kracht werd, had de uitdrukkelijke opzet om elementen van marktwerking te introduceren of te versterken in het wettelijke ziektekostenverzekeringstelsel. De nieuwe zorgverzekering wordt gesitueerd in de private verzekeringsmarkt. De zorgverzekeringsovereenkomst is dan ook geen publiekrechtelijk instrument, maar een verzekering naar burgerlijk recht, waarop titel 17 van Boek 7 BW van toepassing is. Elke verzekeraar heeft toegang tot de zorgverzekeringmarkt, zij het dat er enkele toegangsvoorwaarden gelden. Het voornemen om zorgverzekeringen uit te voeren, moet worden gemeld aan de NZa (art. 25 lid 1 Zvw). De zorgverzekeraar moet tevoren zijn modelovereenkomsten, volgens welke hij zorgverzekeringen wenst aan te bieden, voorleggen aan de NZa (art. 25 lid 2 en 3 Zvw). Een structurele eis is dat de statuten van een zorgverzekeraar voorzien in toezicht op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken (art. 28 lid 1 sub a Zvw). Dit is een beginsel van

³⁷ Wij doelen op de Wet Herziening Overeenkomstenstelsel Ziektekostenverzekeringen van 9 december 2004, zie H.E.G.M. Hermans en R.N. van Donk, *Herziening overeenkomstenstelsel zorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2004.

good governance. Ten tweede – en dat is meer verstrekkend – moeten de statuten van de zorgverzekeraar waarborgen bieden voor een redelijke mate van invloed van de verzekerden op het beleid van de zorgverzekeraar (art. 28 lid 1 sub b Zvw). Idealiter voldoet een onderlinge waarborgmaatschappij aan deze voorwaarde (vergelijk art. 2:55 BW), doch de Zorgverzekeringswet stelt als extra eis dat iedere verplichting van de verzekeringnemers, verzekerden, gewezen verzekeringnemers of gewezen verzekerden tot het doen van een bijdrage in tekorten van de rechtspersoon uitdrukkelijk moet zijn uitgesloten. Een onderlinge waarborgmaatschappij zou derhalve in haar statuten moeten opnemen dat iedere verplichting van haar leden of oud-leden om in een tekort bij te dragen wordt uitgesloten (art. 2:56 BW). Alleen een onderlinge waarborgmaatschappij U.A. (art. 2:56 BW) voldoet aan deze voorwaarde. De overige rechtspersonen die als zorgverzekeraars willen optreden, moeten op enigerlei wijze in de invloed op het beleid voorzien. Deze eis is niet direct een voortvloeisel uit de health care governance, maar een uitgangspunt van sociale verzekering, dat is neergelegd in diverse internationale verdragen (zoals de ILO-verdragen nr. 24, 25, 102 en 121) en de Europese code inzake sociale zekerheid van de Raad van Europa. Het invloedbeginsel gold al onder de oude Ziekenfondswet, waardoor de meeste ziekenfondsen onderlinge waarborgmaatschappijen waren. Voor zover de zorgverzekeraars dat niet zijn, niets staat toetreding van commerciële verzekeraars in de weg, moeten zij bijvoorbeeld werken met een Verzekerdenraad.³⁸ Overigens paste een dergelijke medezeggenschap binnen het concept van de health care governance, door Zorgverzekeraars Nederland in dit verband uitgewerkt als een health insurance governance. Commerciële verzekeraars kunnen toetreden, dat betekent dat de eis uit de Ziekenfondswet dat de ziekenfondsen geen winstoogmerk mochten hebben, met de Zorgverzekeringswet verviel. Bij wijze van overgangsregeling is nu bepaald dat de oude ziekenfondsen hun wettelijke reserves slechts mochten behouden indien zij gedurende 10 jaren geen winsten zullen uitkeren.

2.2.2 ZORGVERZEKERINGSMARKT

De verzekeraar ontmoet de verzekerde niet op een gewone markt van vraag en aanbod, omdat er voor de verzekerden (burgers) een verzekeringsplicht bestaat. Ingevolge art. 2 Zvw is iedere ingezetene verplicht zich krachtens een zorgverzekering te verzekeren (of laten verzekeren) tegen de door de wettelijke zorgverzekering af te dekken risico's (geneeskundige zorg, mond-zorg, farmaceutische zorg, hulpmiddelenzorg, verpleging, verzorging, ver-

³⁸ *Kamerstukken II 2003/04, 29 736, nr. 3, p. 27-28.*

blijf en vervoer). In functionele termen ligt dus het verzekeringsproduct vast en is er contractsdwang aan de zijde van de verzekerde. Dat is geen basis voor marktwerking op de zorgverzekeringsmarkt. Hoewel er uitvoeringsvarianten zijn (waarover hierna meer) concentreert de concurrentie onder de zorgverzekeraars zich op de premie waarvoor zij de zorgverzekering aanbieden. De kosten voor de zorgverzekering worden via twee wegen vergoed. Voor de zorgverzekering betaalt iedereen die ouder is dan 18 jaar een nominale premie aan de zorgverzekeraar (art. 16 Zvw). De verzekeringsplichtige is voorts een inkomensafhankelijke bijdrage verschuldigd (art. 41 Zvw), een percentage van het 'bijdrage inkomen' (belastbaar loon in de zin van de Wet op de Loonbelasting, belastbare winst uit onderneming of belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden en/of belastbare periodieke uitkeringen en verstrekkingen in de zin van de Wet Inkomstenbelasting 2001). De bijdragepercentages worden zodanig vastgesteld dat de som van de inkomensafhankelijke bijdragen gelijk is aan 50% van de totale schadelast van de zorgverzekeraars (respectievelijk de bij ministeriële regeling te bepalen ten gunste van het Zorgverzekeringsfonds of van de zorgverzekeraars komende inkomsten; zie art. 45 Zvw.) De Rijksbelastingdienst heft de inkomensafhankelijke bijdrage. Over loon wordt de bijdrage ingehouden (art. 48-52 Zvw). Uit 's Rijks kas verleent de Minister van VWS jaarlijks nog aan het Zorgverzekeringsfonds een bijdrage in de financiering van de zorgverzekering voor verzekerden jonger dan 18 jaar. De nominale premies ontvangen de verzekeraars rechtstreeks (art. 54 Zvw), de inkomensafhankelijke bijdragen komen ten gunste van het Zorgverzekeringsfonds (art. 39 Zvw) en het College Zorgverzekeringen kent aan een zorgverzekeraar voor ieder kalenderjaar waarin hij zorgverzekeringen aanbiedt en uitvoert een bijdrage toe volgens voor alle zorgverzekeraars gelijke criteria waaronder in ieder geval het aantal verzekerden bij een zorgverzekeraar en het aantal verzekerdenkenmerken (art. 32 lid 3 Zvw). Deze bijdrage wordt wel de 'vereveningsbijdrage' genoemd. De splitsing van de financiering is noodzakelijk om enerzijds marktwerking en concurrentie toe te staan en anderzijds de negatieve gevolgen daarvan te voorkomen. Marktwerking zorgt voor risicoselectie op de polissen zodat uiteindelijk per categorie zorgrisico een bijbehorende premie uitkristalliseert. Wie gezond is en gezond verwacht te blijven, kiest een beperkte polis met een lage premie, wie ziektekosten verwacht een brede dekking (althans, een polis die de verwachte kosten zal dekken), ten gevolge van welk mechanisme de goede risico's naar de lage premies uitwijken en in de polissen met ruimere dekking de slechte risico's achterblijven. Dit mechanisme wordt geblokkeerd, omdat de wetgever alle noodzakelijke zorg onder de zorgverzekering heeft gebracht. Bovendien heeft de zorgverzekeraar een acceptatieplicht (art. 3 Zvw). De zorgverzekeraar heeft jegens zijn verzekerden een zorgplicht, waardoor hij niet af kan doen op de wettelijke dekking en die de verzekeraar zodanig moet vormgeven, dat de verzekerde

ofwel recht heeft op de zorg of de overige diensten waaraan hij behoefte heeft en die onder het verzekerde risico vallen, ofwel dat de verzekerde recht heeft op vergoeding van kosten van deze zorg en diensten (art. 11 lid 1 Zvw). In het tweede geval spreken we van een restitutiepolis, die de zorgverzekering weinig rente biedt om met de premie te concurreren. Anders ligt dit nu voor de polis die direct recht geeft op een zorgprestatie (de naturapolis).

2.2.3 ZORGINKOOPMARKT

Door de verzekerde aanspraken functiegericht te omschrijven, heeft de wetgever opengelaten op welke wijze, door welke instelling of beroepsbeoefenaar voor rekening van de verzekering de desbetreffende zorg wordt verleend. Geneeskundige zorg kan worden verleend door bijvoorbeeld de huisarts, maar ook bedrijfsartsen of ziekenhuizen. De zorgaanbieders zijn – mits kwalitatief van hetzelfde niveau – uitdrukkelijk inwisselbaar en als de zorgverzekeraar de regie ter hand neemt, kan hij door het contracteren van zorgaanbieders op een doelmatige wijze op de kosten van de zorg besparen en deze besparing doorgeven in een premievoordeel naar de consument.³⁹ Hier ligt de schakel tussen de verzekeringsmarkt en de zorg(inkoop)markt. Naast het besparen op administratieve lasten of putten uit de reserves om een concurrerende nominale premie aan te bieden, is dit de tweede – en in de ogen van de wetgever de belangrijkste – mogelijkheid voor verzekeraars om te concurreren om de gunst van de verzekerden. Door zijn regierol bewerkt de verzekeraar een doelmatigheid bij de zorgaanbieders, waarvan het voordeel uiteindelijk bij de consument terechtkomt.

Een andere manier om te concurreren is dat de zorgverzekeraar de wettelijke mogelijkheid om met een werkgever overeen te komen dat hij een korting verleent op de premie voor een collectieve verzekering van diens werknemers (inclusief voormalige werknemers of hun gezinsleden). De korting bedraagt maximaal 10% van de grondslag van de bij de modelovereenkomst behorende premie (art. 18 Zvw). Daarnaast kan de verzekeraar de premie differentiëren door het aanbieden van een eigen risico (art. 19 Zvw). Hier gaat het weer zuiver om mechanismen op de zorgverzekeringsmarkt, waarvan de laatste wel effect zal hebben op de zorgconsumptie.

De overheid kan ingrijpen ingeval het algemeen belang dat zou vorderen in het soort polissen dat verzekeraars aanbieden. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen namelijk vormen van zorg worden aangewezen, die de zorg-

³⁹ Zie hiervoor meer uitgebreid G.R.J. de Groot, 'De Zorgverzekeraars: spin in het web?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2001, nr. 1, p. 40-60.

verzekeraar slechts verstrekt of vergoedt indien tussen hem en de zorgaanbieder van de desbetreffende zorg een overeenkomst over de te leveren zorg of dienst en de daarvoor in rekening te brengen prijs is gesloten, dan wel dat de zorgverzekeraar deze aanbieder bij hem in dienst heeft (art. 12 Zvw). Een deel van de verzekering heeft dan een verplicht naturakarakter. Deze verplichting kan worden uitgebreid zodanig dat de verzekeraars worden verplicht met iedere instelling die binnen zijn werkgebied (in beginsel Nederland) een overeenkomst tot verlening van de naturazorg aan de verzekerde moet sluiten (art. 12 lid 2 Zvw).⁴⁰ Zover is het tot nu toe nog niet gekomen. Het zou een terugval betekenen in het oude stelsel, zodat de Minister van VWS deze maatregel waarschijnlijk zo lang mogelijk uitstelt.

2.2.4 WELKE CONCURRENTIE WERKT?

De praktijk tot nu toe laat wel een aantal opvallende verschijnselen zien. De zorgverzekeraars boden in 2007 55 verschillende basisverzekeringen aan, doch inhoudelijk verschilden de polissen nog weinig. Vaak waren het dezelfde polissen onder verschillende labels.⁴¹ Naar de invoering van de Zorgverzekeringswet toe hebben tal van fusies tussen zorgverzekeraars plaatsgevonden. In 2007 waren er 32 zorgverzekeraars actief, maar zij behoorden tot slechts 14 concerns, waarvan de grootste 5 meer dan 80% van de markt in handen hadden. In meer dan de helft van de provincies is er een concentratiegraad gemeten aan de Herfindahl Hirschmann Index sprake van een geconcentreerde markt (index boven de 1800). Niettemin is er sprake van een felle concurrentie om de verzekerde gebleken. In 2006 stapte ook maar liefst een percentage van 18% van de verzekerden over naar een andere zorgverzekeraar. Dat is in 2007 afgenomen tot 4,4% (ongeveer het niveau van voor de stelselwijziging). De belangrijkste reden om van zorgverzekeraar te veranderen was het aanbod van een collectief contract bij een andere zorgverzekeraar. In 2006 waren service, premie, reputatie en dekking van de aanvullende verzekering nog belangrijkere overstapredenen dan deelnemen aan een collectieve polis. Indien men nu nog overstapt, is dat juist vaak wel vanwege een interessante collectieve polis. In 2006 was 53% van de verzekerden collectief verzekerd. In 2007 lag het aantal collectief verzekerden op 57%, een kleine stijging. Dit laat wel zien dat met name de collectieve verzekering via de werkgever een belangrijk marktinstrument is. Daarbij analyseert de NZa dat met name de werkgevers een belangrijke of een sterke

⁴⁰ E.W.M. Meulemans en J.G. Sijmons, 'Het overeenkomstenstelsel onder de nieuwe Zorgverzekeringswet', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2005, nr. 1, p. 61-79.

⁴¹ NZa, *Monitor Zorgverzekeringsmarkt*, p. 25.

onderhandelingspositie hebben en vaak de maximale korting van 10% binnenslepen. Gemiddeld is de premiekorting 8% in 2007 en 7% in 2006. De overheid bepaalde de gemiddelde premie van de verzekerde voor 2007 op € 1134. De betaalde premie inclusief de collectiviteitskortingen lag op € 1103 in 2007. Hiervoor zijn de zich doorzettende prijsconcurrentie en de collectiviteitskortingen verantwoordelijk. Het netto-effect van de marktwerking – zo men wil – is dus een besparing van 2,7% (macro een kleine € 1,5 miljard) ten opzichte van de begrote premielast.

Dat is toch nog maar het begin van de marktwerking door de nieuwe Zorgverzekeringswet, want zorgverzekeraars onderscheiden zich nog nauwelijks door kwaliteit van zorg of door specifiek natura zorgaanbod (gecontracteerde zorg). Zij blijven nog vrijwel het gehele zorgaanbod contracteren en er is weinig transparantie op de kwaliteit van de zorgaanbieders. Een uitzondering is alleen de Zekur-polis van Univé, waarbij voor electieve zorg maar elf in plaats van alle ziekenhuizen worden gecontracteerd. Deze polis werd politiek direct met enige scepsis bekeken en leidde tot Kamervragen over de vrijheid van artskeuze.⁴² Toch is zij een voorbeeld van de gewenste marktwerking.

Concurrentie vindt tot nu toe vooral plaats op de zorgverzekeringsmarkt en nog maar zeer beperkt op de zorginkoopmarkt. Terwijl juist hier meer effecten voor het bereiken van doelmatigheid worden verwacht. In een recent advies van de RVZ⁴³ wordt dan ook de zorgverzekeraar aangemoedigd de hem wettelijk toebedachte regierol waar te maken. Daartoe moeten de zorgverzekeraars, meer dan tot nu toe het geval is, investeren in professionaliseren van de zorginkoopfunctie. Er is nu te weinig capaciteit, kennis en beleid van zorginkoop. De zorginkoop als instrument benutten leidt tot selectieve contractering. Niet al het aanbod wordt gecontracteerd (waarbij er slechts een administratief voordeel is ten opzichte van restitutie), maar een gericht deel ervan, hetgeen een kwaliteits- en prijsvoordeel moet betekenen voor de verzekeraar en zijn verzekerden.

Verondersteld wordt daarbij dat er voldoende (over)capaciteit is, dat keuzes kunnen worden gemaakt. Ook moet de kwaliteit voldoende transparant zijn.⁴⁴ Wordt selectieve contractering een feit, dan heeft dat volgens de RVZ ‘enorme gevolgen’ voor het bestaande zorgaanbod:

⁴² Zie *Kamerstukken II Kamervragen 2008*, nr. 40 (ingezonden 3 januari 2008).

⁴³ *Zorginkoop. Advies uitgebracht door de RVZ aan de Minister van VWS*, Den Haag 2008.

⁴⁴ *Zorginkoop heeft de toekomst, maar vraagt nog een flinke inzet van alle betrokkenen*, achtergrondstudie uitgebracht door RVZ (en Significant), Den Haag 2008, p. 67-69.

DEEL I

1. het einde van het geïntegreerd medisch specialistisch bedrijf en het ontstaan van nieuwe vormen van zorg, omdat functies belangrijker zijn dan instellingen;
2. selectieve inkoop cumuleert het bedrijfsrisico intramuraal, hetgeen een decentratietendens oproept;
3. nieuwe kansen voor innovatieve substitutie voor tweedelijnszorg;
4. per saldo nieuwe kansen voor de zorgprofessional.⁴⁵

Wij zullen daar nog nader op ingaan, maar aannemelijk achten wij de conclusie van de RVZ dat de selectieve contractering die in het ziektekostenverzekeringstelsel besloten ligt, maar nog niet tot ontwikkeling is gekomen, het zorgaanbod naar haar hand zal zetten en daarmee de oudere indelingen van zorginstellingen uit een institutioneel verleden zal omvormen.

2.2.5 CONCLUSIE

Samenvattend kan worden gesteld dat de Zorgverzekeringswet marktwerking introduceert onder de zorgverzekeraars die met een landelijk werkingsgebied moeten concurreren om de verzekerden op basis van hun premie en polissen (al moet het wettelijk niveau van de basisverzekering zoals opgenomen in de wet, zijn gegarandeerd). De zorgverzekeraars kunnen restitutiepolicen aanbieden, waarbij de concurrentie om de zorg wordt toevertrouwd aan het keuzegedrag van de verzekerden, of uit hoofde van hun naturapolissen als inkopers op de zorgmarkt door selectieve contractering de aanbieders met elkaar laten concurreren. Bij de stelselwijziging was een regierol toebedacht aan de zorgverzekeraars. Vanwege de asymmetrische verhouding in kennis en marktmacht zou de patiënt tegenover de zorgaanbieder, zeker tegenover het ziekenhuis, zich niet in een al te sterke positie bevinden. Kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid op basis van het marktmechanisme worden dan ook in het stelsel voorzien door de verplichte deelname aan de countervailing power van de zorgverzekeraars tegenover de sterke zorgaanbieders. Van deze countervailing power zal alsnog niets terechtkomen, indien de schaarste ervoor zou zorgen dat de zorgverzekeraars geen keuze hebben dan de zorg in te kopen bij alle instellingen en beroepsbeoefenaren, omdat kiezen zou betekenen dat het totale zorgvolume dat de zorgverzekeraars op basis van hun zorgplicht moeten inkopen, niet zou worden gehaald. Uit het zorgaanbod moet kunnen worden geselecteerd. Voor het volgende hoofdstuk marktwerking moeten wij naar de zorg(inkoop)markt overgaan.

⁴⁵ RVZ 2008, p. 11 en 32-33.

2.3 *Wet toelating zorginstellingen*

2.3.1 POSITIE BEROEPSBEOEFENAREN

Van belang is dus aan de overzijde van de markt de toegang te regelen en de toetredingsdrempels zo laag mogelijk te stellen. Voor de beroepsbeoefenaren geldt uiteraard de drempel van de beroepsopleiding, die alleen toegang geeft tot de op basis van de Wet beroepen op de individuele gezondheidszorg beschermde titel van arts, tandarts, apotheker, gezondheidszorgpsycholoog, psychotherapeut, fysiotherapeut, verloskundige of verpleegkundige (art. 3, juncto 6 Wet BIG). Voor de specialismen binnen deze beroepen gelden weer bijzondere opleidingseisen ingevolge art. 14 en 15 Wet BIG en er is voor andere paramedische beroepen een opleidingstitelbescherming (art. 34 Wet BIG). Verder zijn sommige handelingen per deskundigheids- en vakgebied voorbehouden aan de aldus ingeschreven personen (art. 36 Wet BIG). Aan de individuele beroepsbeoefenaar worden evenzeer kwaliteitseisen gesteld als aan de zorginstellingen. De desbetreffende regels zijn vrijwel gelijklopend geformuleerd (art. 40 Wet BIG en de art. 2 tot en met 4 Kwaliteitswet zorginstellingen). Er is echter geen vestigingsbeleid meer of een directe regulering van het aanbod van beroepsbeoefenaren door de overheid.

Aangezien het de Minister van VWS is die subsidies verstrekt voor de specialistenopleidingen via een subsidieregeling en op basis van een jaarlijks opleidingsplan, geldt niettemin hier toch nog een afgezwakte vorm van overheidsregulering van het aanbod. Op de arbeidsmarkt wordt een frictiewerkloosheid van circa 4 à 5% als een gegeven aanvaard. Hier zou men toch ten minste aan moeten denken om een vergelijkbaar marktevenwicht te hebben voor beroepsbeoefenaren in de zorg. Dat is feitelijk nu niet het geval. In de analyse die de NZa in 2007 maakte voor de liberalisering van de tarieven van de vrije beroepsbeoefenaren, kwam de NZa tot de conclusie dat op alle terreinen, behalve voor de fysiotherapeuten, er op basis van de aantallen beroepsbeoefenaren schaarste heerst die aan de liberalisering in de weg staat.⁴⁶ Pas recentelijk was er een licht overaanbod voor bepaalde opgeleide medisch specialisten.

⁴⁶ NZa, *Theoretisch kader liberalisering vrije beroepen*, Utrecht, januari/februari 2007.

2.3.2 ZORGINSTELLINGEN: WTZI

De historische uitgangssituatie voor de instellingen is bepaald door de overheidsplanning van de afgelopen decennia (met name dus effectief in de jaren negentig). De planning zorgt er in beginsel voor dat het zorgaanbod aan de instellingen de zorgvraag niet zou overschrijden, zodat (de door de overheid genormeerde vraag) aan de zorg en het aanbod precies zouden matchen. In planning ligt besloten dat de overheid de behoefte aan een bepaalde voorziening kan vaststellen, waarbij zij de intentie heeft aan de vraag volledig tegemoet te komen, of de planning heeft nog een tweede doelstelling. Zo kan de planning gericht zijn op het stimuleren van de vraag door beschikbaarheid van *merit goods* (zoals bij culturele voorzieningen). De overheid kan ook naar een beperking van het aanbod streven om de kosten van de voorzieningen in de hand te houden. In dat laatste geval moet de overheid zich wel van de taak kwijten om de behoefte van de burger te normeren, zodat diens vraag wordt teruggebracht tot een politiek aanvaardbaar niveau van consumptie. Dit was inderdaad de gedachte achter de planning van de gezondheidszorg in de vorige eeuw. Bij de stelselwijziging werd dit uitgangspunt losgelaten. Daaraan ligt ten grondslag de erkenning dat het überhaupt niet mogelijk is om op puur objectieve wijze de zorgbehoefte van ons allen vast te stellen. In ieder geval bestaat er bij de overheid te weinig inzicht wat op lokaal niveau precies goed is voor wie.⁴⁷ Daarmee vormt de zorg geen uitzondering op het algemene verschijnsel dat in een kennisintensieve samenleving niet langer op een centraal punt van de ambtelijke top alle noodzakelijke kennis kan worden samengebracht.⁴⁸

Als de overheid het aanbod niet meer voorschrijft, dan is dat vooral niet zo zeer omdat zij het aanbod niet kan bepalen, maar veel meer nog omdat zij de daaraan voorafgaande vraag niet kan bepalen. Kern van het nieuwe zorgstelsel is de vraagsturing, wat betekent dat niet de overheid vaststelt wat de vraag mag zijn, maar in plaats van de capaciteit te regelen, slechts beleidsmatig de fysieke toegankelijkheid (bereikbaarheid en beschikbaarheid), de fysieke kwaliteit (veiligheid en geschiktheid van gebouwen) en de doelmatigheid dat de toegankelijkheid en kwaliteit met niet meer middelen dan noodzakelijk worden bereikt, door een systeem van verplichte toelating tot de markt voor het verlenen van zorg waarborgt.⁴⁹ Daartoe dient de *Wet toe-*

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 27 659, nr. 7, p. 19-20.

⁴⁸ Aldus M. Scheltema, 'Het voorontwerp voor de maatschappelijke onderneming: een goed begin, maar nog onvoldragen', *Ondernemingsrecht* 2007, 177, afl. 16, p. 587-592, m.n. p. 587.

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 27 659, nr. 7, p. 18.

lating zorginstellingen (WTZi).⁵⁰ De planvorming door de overheid is daarin verdwenen. Wat daarvan overbleef is de beleidsvisie van de Minister van VWS over de ontwikkelingsrichting van het veld. De Minister van VWS maakt ten minste eenmaal in de vier jaar zijn visie op een kwalitatief goed, doelmatig, evenwichtig en toegankelijk stelsel van zorg bekend.⁵¹ De Minister van VWS moet erin vooruitkijken naar gewenste marktontwikkeling, opdat de te borgen publieke belangen van kwaliteit, toegankelijkheid en toegankelijk worden gediend.⁵² De beleidsvisie verdicht zich vervolgens tot beleidsregels voor het verlenen van toelatingen van instellingen voor de zorgmarkt en in voorschriften te verbinden aan de toelatingen.

In de beleidsvisie van december 2005 werd het standpunt geformuleerd: ‘Uitgangspunt is dat het zoveel mogelijk aan marktpartijen moet worden overgelaten om zelf te beslissen over toetreding tot de zorgmarkt, over investeringen en over de vormgeving van gebouwen en instellingen. Het zware instrument dat de WTZi biedt, namelijk het verbieden van een nieuwe instelling of een verbod op de uitbreiding/wijziging van een bestaande instelling zal alleen gebruikt worden waar publieke belangen in het gedrang komen.’⁵³ De Minister van VWS realiseert zich dat de vrije marktverhoudingen een eindsituatie zullen vormen en de partijen zich op hun nieuwe rol in het stelsel zullen moeten kunnen instellen. De vorm waarin de instellingen opereren wordt in de WTZi niet vastgelegd. De beleidsvisie zet voor de cure (op genezing) en care (op al dan niet langdurige verzorging ingestelde zorg) de deur open voor allerhande nieuwe vormen van aanbod. De beleidsvisie gaat ervan uit dat het aanbod aan zorg zal worden uitgebreid en gevarieerd.⁵⁴ Werkte de instellingsgerichte omschrijving van de zorg (‘ziekenhuiszorg’, ‘verpleeghuiszorg’ e.d.) zowel in de omschrijving van de verzekerde aanspraken als in de exploitatievergunningen volgens de WZV de verschotting in de zorg in de hand, het instrumentarium van de WTZi opent de weg naar ondernemerschap in de vormgeving van de instellingen zelf. Er vindt slechts een functionele toets plaats op de nieuwe initiatieven.

⁵⁰ *Stb.* 2006, 152. Voor een toelichting op deze wet zie J.J.M. Linders, *Wet toelating zorginstellingen*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006 en J.G. Sijmons, *Aanbodregulering en de Wet toelating zorginstellingen*, Den Haag: Sdu uitgevers 2006.

⁵¹ Art. 3 WTZi .

⁵² *Kamerstukken II* 2001/02, 27 659, 7, p. 8-19.

⁵³ *Kamerstukken II* 2005/06, 27 659, nr. 71, p. 5.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 27 659, nr. 71, p. 10.

2.3.3 DE TOELATING: FUNCTIONELE BENADERING ZORGINSTELLING

Art. 5 WTZi bepaalt dat alle instellingen die zorg verlenen waarop aanspraak bestaat volgens de AWBZ en Zorgverzekeringswet moeten beschikken over een toelating. Welke instellingen aan deze eis zijn onderworpen staat omschreven in het Uitvoeringsbesluit WTZi.⁵⁵ Art. 1.2 van dit besluit wijst de instellingen aan in zuiver functionele termen. In de lijst zoekt men tevergeefs naar ‘het ziekenhuis’. Een ziekenhuis, een zelfstandig behandelcentrum, een kliniek met meerdere specialisten, een revalidatie-instelling zijn alle ‘instellingen voor medisch specialistische zorg’. Dit betekent niet minder dan dat ‘het ziekenhuis’ als juridische categorie niet meer bestaat. De instelling is daarmee in beginsel juridisch ‘vormvrij’.

In de uitvoering liggen er wel beperkingen. Ten eerste geldt nog voor de intramurale care dat voor het bouwen en gebruiken van gebouwde voorzieningen een afzonderlijke bouwvergunning vereist is ingevolge art. 7 WTZi, welke vergunning wordt afgegeven door het College bouw zorginstellingen. Deze eis gold ook voor de intramurale cure, maar is sedert 1 januari 2008 vervallen. Bij de invoering van de wet was in de beleidsvisie voorzien dat beslissingen over de bouw geheel zouden worden overgelaten aan de ondernemingen die daarvoor in de integrale prestatiebekostiging dekking voor hun kapitaalslasten zouden moeten vinden.⁵⁶

Ten tweede gelden er eisen voor de bestuursstructuur en eisen die een ordelijke en controleerbare bedrijfsvoering moeten waarborgen (art. 7 lid 3 sub c en art. 9 lid 1 sub b WTZi). Het betreft hier de bepalingen over de *health care governance*. Deze beogen het publieke belang in de zorg bij de private uitvoering te borgen. Zelfregulering is daarvoor niet toereikend (een belangrijk wetgevingsmotief voor de WTZi⁵⁷). De memorie van toelichting: ‘De functie van de exploitatietoestemming is tweeledig. In de eerste plaats fungeert de toestemming als instrument om eisen te stellen aan de transparantie van de exploiterende rechtspersoon. Daarbij denken wij aan eisen die betrekking hebben op de bestuursstructuur en op de ordelijkheid en controlebaarheid van de bedrijfsvoering. Het belang van het kunnen stellen van dit type eisen neemt toe naarmate zorgaanbieders vaker worden gefinancierd uit deels private en deels collectieve middelen en als gevolg daarvan in zowel organisatorische als financiële zin een meer hybride structuur aannemen.’⁵⁸

⁵⁵ *Stb.* 2005, 575.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 27 659, nr. 71, p. 8.

⁵⁷ Zie brief Minister van VWS aan de Tweede Kamer over de stand van zaken *health care governance*, d.d. 1 juli 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 689, nr. 1.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659 nr. 3, p. 6.

Ten derde geldt er nog het winstverbod voor bepaalde delen van de zorg (art. 5 lid 2 WTZi). Het levert drie elementen die betrekking hebben op de statutaire inrichting van de zorginstelling, die wij afzonderlijk bespreken: het interne toezicht, het enquêterecht en het wettelijk winstverbod.

2.3.3.1 Intern toezicht

De meeste zorginstellingen zijn van oudsher stichtingen. In stichtingen is het bestuur niet wettelijk verplicht verantwoording af te leggen aan andere organen binnen de rechtspersoon. De wet kent slechts één verplicht orgaan: het bestuur zelf (art. 2:291 lid 1 BW). In de praktijk heeft zich een ‘two tier’-systeem ontwikkeld, waarbij hetzij het bestuur een directeur, of directie naast zich had voor de dagelijkse leiding van de instelling, hetzij gebruik werd gemaakt van het raad van toezicht-model met twee organen.⁵⁹ In het laatste geval roepen de statuten de raad van toezicht in het leven en treedt de raad op als toezichthouder voor het bestuur. De eis van intern toezicht op de dagelijkse of algemene leiding wordt nu door de WTZi als (blijvende) voorwaarde voor toelating vastgelegd (art. 6.1 Uitvoeringsbesluit WTZi).

Nu is de stichting geen voorgeschreven rechtsvorm. Voor zover het verbod van winstoogmerk niet in andere richting dwingt (waarover hierna meer) kunnen zorginstellingen in de vorm van personenvennootschappen, verenigingen, coöperaties, besloten en naamloze vennootschappen of in een samenstel van rechtspersonen (concern) worden geëxploiteerd. Het interne toezicht kan daarin op verschillende wijze zijn vormgegeven. Niet alleen een raad van toezicht-model bij de stichting voldoet aan de eis, maar eventueel ook een instructiemodel, waarbij de raad van bestuur het toezichthoudend orgaan is en de directie in dienst van de stichting de dagelijkse leiding uitoefent.⁶⁰ In een vennootschap met een splitsing tussen raad van bestuur en raad van commissarissen is eveneens sprake van intern toezicht. Uit het principe van toezicht volgt dat personen de functie van de dagelijkse of algemene leiding geven of van toezicht houden niet in zich kunnen verenigen.

De transparantie-eisen vullen het begrip ‘toezicht’ niet nader in. Voor een invulling van dit begrip kan gekeken worden naar de facultatieve raad van commissarissen bij coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naam-

⁵⁹ Vgl. J.H.B. van der Meer en J.E.M. Akveld, *Zorginstellingen in de vorm van een stichting*, onderzoek in opdracht van de Hoofdinspectie voor de Gezondheidszorg, november 1999. Het raad van toezicht-model werd in 1983 voorgesteld door de NVZD.

⁶⁰ Nota van toelichting, *Stb.* 2005, 575, p. 25.

loze en besloten vennootschappen in het kader van een wettelijke regeling in Boek 2 BW. Gegeven het uitgangspunt dat de toezichthouder niet op de stoel van de bestuurder gaat zitten, betekent dit dat men prospectief toetst op de algemene lijn van beleid voor de langere termijn of incidenten met consequenties voor de lange termijn, en retrospectief op de hoofdlijnen van het gevoerde beleid van de dagelijkse en algemene leiding.⁶¹

De formulering dat bij de vervulling van hun taak de commissarissen zich richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming (zie art. 2:57 BW) geeft een aanzet voor het toezicht vanuit het algemene belang in de zorg. De algemene formulering uit Boek 2 BW heeft met name tot doel duidelijk te maken dat het toezicht niet geregeerd kan worden door deelbelangen binnen de eigen organisatie, noch specifieke externe belangen, anders dan de afgewogen optelsom van deelbelangen, die het belang van de zorginstelling uitmaakt, en waarnaar ook de dagelijkse en algemene leiding (in de regel het bestuur) zich heeft te richten. Daarenboven wordt van de zorgaanbieder verwacht dat ze zich als ‘maatschappelijke ondernemer’ gedraagt.⁶² Het belang van de gezondheidszorg wordt kennelijk als een eigen belang van de rechtspersoon gezien.⁶³ In ieder geval wordt in het voorontwerp voor een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming van 12 juli 2007 in het ontwerp van art. 307j het aldus verwoord: ‘bij de vervulling van hun taak richten de toezichthouders zich naar het belang van de maatschappelijke onderneming of instelling en het door middel daarvan behartigde maatschappelijk belang.’⁶⁴

Leden van het toezichthoudend orgaan moeten vrij en onafhankelijk hun functie uitoefenen. Art. 6.1 sub b WTZi noemt deze tweede eis ten aanzien van de bestuursstructuur: ‘De leden van het toezichthoudend orgaan hebben geen directe belangen bij de instelling, bijvoorbeeld als directeur, werknemer, beroepsbeoefenaar die zijn praktijk voert in de instelling.’ Uit de eerste eis volgt reeds dat wanneer het bestuur het toezichthoudend orgaan is, de directeur daarvan geen deel uitmaakt. Onverenigbare functies bij een ver-

⁶¹ Zie o.a. art. 2:47 lid 2, 2:140 lid 2 en 2:250 lid 2 BW. Zie ook Asser/Maeijer, *Vertegenwoordiging en Rechtspersoon II, de naamloze en besloten vennootschap*, Tjeenk Willink 2000 (tweede druk), par. 341, p. 474-477.

⁶² *Sib.* 2005, 575, p. 23.

⁶³ Zie de *Zorgbrede Governance Code*, opgesteld door Arcares, GGz Nederland, NFU, NVZ vereniging van ziekenhuizen, VGN en Z-org, Utrecht 19 december 2005: bij de vervulling van zijn taak richt de raad van toezicht zich naar het belang van de zorgorganisatie, rekening houdend met het feit dat de zorgorganisatie een onderneming met een bijzondere maatschappelijke verantwoordelijkheid is (art. 3.1.2).

⁶⁴ *Ondernemingsrecht* 2007, 175, afl. 16, p. 583.

plichte raad van commissarissen zijn in het rechtspersonenrecht eveneens een dienstverband bij de rechtspersoon of in een afhankelijke maatschappij (of een bestuurslidmaatschap of dienstverband bij een CAO-partner; art. 2:63h, 160 en 270 BW). Art. 6.1 sub b Uitvoeringsbesluit WTZi is algemener dan de regeling van onverenigbare functies uit Boek 2 BW. Het gaat niet alleen om de functies, maar in ruimere zin om het hebben van een belang bij de instelling. Wij nemen aan dat dit betekent (ook al zegt de toelichting dit niet), dat de vergadering van aandeelhouders – die een eminent belang hebben bij de instelling – niet tegelijk als toezichthoudend orgaan kan optreden en aandeelhouderschap onverenigbaar is met de rol van toezichthouder. Health care governance vereist dat het interne toezicht onafhankelijk is van de eigendom van de instelling. Een bevestiging van deze lezing is wederom de bepaling in het voorontwerp voor een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming van 12 juli 2007, waarvan in art. 307j lid 4 staat: ‘een toezichthouder heeft geen persoonlijk belang in de maatschappelijke onderneming of instelling’. Dat de toevoeging ‘directe’ voor ‘belangen’ wegvalt, zal wel niet betekenen dat in tegenstelling tot de WTZi men nu pas ernst maakt met de onafhankelijkheid en onder de WTZi met een juridische tussenstap eigen belangen aan toezicht niet in de weg staan. In ieder geval lijkt ons het belang als aandeelhouder voldoende ‘direct’ om onder het verbod te vallen.

Het houden van ‘toezicht’ kan op velerlei wijze geschieden. Het Uitvoeringsbesluit legt niet precies vast hoe, maar bevat enkel de verplichting om een duidelijke structuur vast te leggen. Art. 6.1 sub c: ‘De instelling legt schriftelijk en inzichtelijk de verantwoordelijkheidsverdeling tussen het toezichthoudend orgaan en de dagelijkse of algemene leiding vast, alsmede de wijze waarop interne conflicten tussen beide organen wordt geregeld.’ Hier vervult o.a. de *Zorgbrede Governance Code* een nuttige functie, die kiest voor een raad van toezicht-model met een taakverdeling, een bepaling of belangenverstrengeling, over benoeming en ontslag, samenstelling van de raad, e.d. Deze code laat echter ook nog ruimte met betrekking tot bijvoorbeeld een goedkeuringsregeling voor strategische besluiten en een meer uitgewerkte regeling voor tegenstrijdige belangen (vgl. art. 2:47 en 146/256 BW).

Al met al is het interne toezicht dan waarschijnlijk wel een beperking in de keuze voor het inrichten van een rechtspersoon om een zorginstelling te exploiteren, het lijkt ons echter geen belemmering voor ondernemerschap in de zorg. Het algemeen belang heeft een nadrukkelijker rol in het interne toezicht. Dat is een geringe concessie aan publiek toezicht op de zorg die voornamelijk met collectieve middelen wordt gefinancierd en het ondernemerschap niet geheel hoeft te frustreren of investeerders in de zorg af te schrik-

ken. Aandeelhouders zullen zich wel meer in de positie bevinden als bij een structuurregime en dan nog met de beperking dat bij gekwalificeerde meerderheid (vgl. art. 2:158/268 lid 9 en 161a/271 BW) men niet de samenstelling van de raad van commissarissen geheel naar zijn hand kan zetten door uit de kring der aandeelhouders de toezichthouders te betrekken. Daar staat tegenover dat er veel vrijheid is de omvang van het toezicht in te richten en daardoor niet gezegd hoeft te worden dat de AVA als hoogste orgaan in de vennootschap in de zorg altijd wordt overruled door een intern toezichthoudend orgaan. Geeft men het winstmotief vrij baan in de zorg dan valt te overwegen deze ruimte verder in te perken naar analogie van het structuurregime van Boek 2 BW.

2.3.3.2 Extern toezicht op het bestuur

Een eis van bestuurlijke transparantie is volgens art. 6.2 Uitvoeringsbesluit tevens de toedeling van de bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek als bedoeld in art. 2:345 BW. De Commissie Health Care Governance (Commissie-Meurs) bepleitte de invoering van een speciale kamer voor de zorg bij het Amsterdams Gerechtshof, die naar analogie van de huidige Ondernemingskamer een enquête zou kunnen gelasten, voorzieningen en maatregelen zou kunnen treffen op verzoek van belanghebbenden.⁶⁵ De Tweede Kamer was overtuigd en verzocht door de motie Schippers en Arib⁶⁶ de Minister van VWS een dergelijke regeling in te stellen. Er is echter niet voor gekozen om het BW alleen voor de gezondheidszorg op dit punt aan te passen. Bovendien zou de invoering van een aparte zorgkamer een wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie verlangen, teneinde de zorgkamer een specifieke competentie toe te delen.⁶⁷ Dat was te omslachtig. Het bestaande enquêterecht geldt immers voor alle privaatrechtelijke rechtspersonen (niet zijnde kerkgenootschappen), met dien verstande dat het enquêterecht slechts van toepassing is bij stichtingen en verenigingen indien zij volledige rechtsbevoegdheid bezitten en zij een onderneming in stand houden waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld (art. 2:344 sub b BW). Voor het zijn van een 'onderneming' is een winsttoegmerk niet vereist,⁶⁸ maar dus wel een ondernemingsraad en dat betekent in de regel hetzij ten minste 100 werkzame personen, hetzij ten minste 35 personen die meer dan een derde gedeelte van de normale arbeids-

⁶⁵ Aanbeveling 22, rapport *Health Care Governance*, november 1999, p. 56.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200, XVI, nr. 30.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2004/05, nr. 49, p. 25.

⁶⁸ Memorie van toelichting, *Kamerstukken II*, 22 400, nr. 3, p. 11.

tijd in de onderneming werkzaam zijn (art. 2 lid 1 WOR). Het enquêterecht geldt dus potentieel voor alle zorginstellingen, behoudens de kleine stichtingen en verenigingen. Hier biedt de health care governance via het enquêterecht dus geen uitkomst.

Zonder aanvullende regeling zijn bij een stichting en vereniging bevoegd tot het indienen van een enquêteverzoek de advocaat-generaal van het Gerechtshof te Amsterdam (art. 2:345 lid 2 BW), personen of rechtspersonen die door de stichting bij statuten of overeenkomst deze bevoegdheid is toegekend (art. 2:346 sub c BW) en betrokken verenigingen van werknemers (vakorganisaties: art. 2:347 BW). Commissie-Meurs stelde in haar aanbevelingen voor de bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek daarnaast te geven aan ondernemingsraden, cliëntenraden, de Inspectie voor de Volksgezondheid en de zorgkantoren.⁶⁹ In de motie Arib/Schippers worden als belanghebbenden voorgesteld: de cliëntenraden, de zorgverzekeraars en de (leden van een) medische staf. De wetgever heeft de aanwijzing overgelaten aan de zorginstellingen (mits deze maar aanwijzen), omdat de situatie van instelling tot instelling sterk kan verschillen. De WTZi moet immers het hele terrein van de zorg afdekken en de situatie kan bij grote ziekenhuizen anders liggen dan bij ZBC's en daar weer anders dan bij verpleeghuizen met overwegend geriatrische zorg.⁷⁰ De verplichting van aanwijzing wordt gecombineerd met de keuzevrijheid van de instelling onder voorwaarde dat ten minste één orgaan, dat cliënten van de instelling vertegenwoordigt, als belanghebbende wordt aangewezen.⁷¹

Als gezegd is in het Uitvoeringbesluit, wordt de plicht tot het aanwijzen van een indieningsbevoegde vertegenwoordiging van cliënten van de zorginstelling beperkt tot de instellingen die de vorm van een stichting of vereniging hebben (art. 6.2). Indien een naamloze of besloten vennootschap is gekozen, wordt teruggevallen op de bevoegdheidsregeling van art. 2:346 BW. Aldus uitdrukkelijk de toelichting op de regeling.⁷² Consequent is dat niet als we de aandeelhouders vergelijken met leden van een vereniging. Leden hebben geen direct materieel belang (art. 2:26 lid 3 BW). Toch is een aanvulling op het enquêterecht gegeven. Worden de cliënten bij zorginstellingen in de vorm van een kapitaalvennootschap vertegenwoordigd door de aandeelhou-

⁶⁹ Rapport *Health Care Governance 1999*, p. 57.

⁷⁰ *Handelingen II*, 93, 1 september 2004, p. 6034.

⁷¹ *Kamerstukken II 2003/04*, 27 659, nr. 29, p. 5, 2000/05, 27 659, nr. 51, p. 4-5 en *Handelingen II*, 95.

⁷² *Kamerstukken II 2003/04*, 29 689, nr. 1, p. 7.

ders met een materieel eigenbelang? De WTZi is hier niet consequent. Voor het ondernemerschap in de zorg is dat niet problematisch, voor de transparantie en het waarborgen van het maatschappelijk karakter is dit wel als een tekortkoming op te vatten. Met het introduceren van een nieuw orgaan ter vertegenwoordiging van de ‘stake holder’ in de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming wordt hiervoor een oplossing geboden,⁷³ maar de vraag is of deze rechtsvorm de zorg zal afdekken. Die verwachting hebben wij niet.

2.3.3.3 Het winstverbod

In art. 5 lid 2 WTZi is een kapstokbepaling voor een winstverbod voor zorginstellingen neergelegd: ‘Een toelating kan aan instellingen met een winstoogmerk slechts worden verleend indien die instelling behoort tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie.’

In deze formulering was de algemene regel uit het oorspronkelijk wetsvoorstel afgezwakt, want deze luidde: ‘Een toestemming als bedoeld in het eerste en tweede lid kan uitsluitend worden verleend aan een instelling zonder winstoogmerk.’⁷⁴ Daarmee zou een algemeen winstverbod hebben gegolden voor alle zorginstellingen. De geschiedenis van de cultuuromslag in korte tijd zullen wij hier niet uitgebreid beschrijven, maar de argumenten voor en tegen zijn nog interessant genoeg voor de vraag of het verbod stand kan houden in de komende tijd en bijvoorbeeld het gebruik van de rechtsvorm van ‘de maatschappelijke onderneming’ met beperkte winstuitkeringen kan afdwingen.

Met financiering door collectief opgebrachte middelen zou niet samengaan, zo meende men aanvankelijk, dat in de vorm van een winstuitkering of dividend opbrengsten zouden toevloeien naar aandeelhouders die aan de zorg ten goede zouden kunnen komen.⁷⁵ Het streven naar winstoptimalisatie houdt het risico van extra kosten (opwaartse druk op de collectieve uitgaven) in en het risico dat winst door kostenbesparing ten laste van de kwaliteit van de zorg gaat. Dit argument vervalt in een marktsituatie, waarbij een winst voortvloeit uit volume door een gunstiger aanbod in prijs en kwaliteit dan dat van de concurrentie. De meest innovatieve en doelmatige zorg voor de

⁷³ In zijn artikel ‘Monster zonder waarde: de maatschappelijke onderneming’ (*NJB* 2008, 171, afl. 4, p. 217-220) stelt O. Jongsma ten onrechte, dat de maatschappelijke onderneming in dit opzicht overbodig is, omdat het enquêterecht voor een cliëntenvertegenwoordiging al geregeld is voor alle zorginstellingen (p. 220). Dat is dus niet het geval.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659, nr. 2, p. 3.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659, nr. 3, p. 20.

zorgverzekeraars en de consumenten wordt dan beloond met een productie-volume dat een winstmarge creëert. Te dure zorg (opdrijven winstmarge ten koste van kwaliteit en gunstige prijs) kost de zorgaanbieder volume, verlaagt zijn marginale opbrengsten en leidt uiteindelijk tot verlies. Winst betekent dus geen hoge kosten en lage kwaliteit, maar marktwerking suggereert juist het tegendeel: door de incentive van de winst ontstaan door innovatie lagere prijzen en betere kwaliteit. Met het omarmen van de marktwerking in de zorg verdraagt zich het winstverbod dan ook principieel niet.⁷⁶

Pas bij de derde nota van wijziging⁷⁷ werd de huidige regeling geïntroduceerd. Het Kabinet aanvaardde dat meer vrijheid en verantwoordelijkheid voor de veldpartijen ook betekent dat de mogelijkheden tot winstoogmerk zouden moeten worden verruimd. Het streven werd om op zo kort mogelijke termijn in zoveel mogelijk deelmarkten de keuze om een winstoogmerk te hanteren vrij te laten.

In de eerste ‘kapitaalslastenbrief’ (8 maart 2005) formuleerde de Minister van VWS de beleidsmatige *voorwaarden* voor uitkeren van winst:⁷⁸ a) een transparante en integrale prestatiebekostiging, die mede de lasten van de infrastructuur omvat en b) de zorginstellingen dienen volledig risicodragend te zijn voor schommelingen in de afzet, ofwel het normale ondernemersrisico te dragen. De regering voorzag dat voor de cure niet voor 2012 het winstverbod kon worden opgeheven. Op basis van het experimenteerartikel zouden aan intramurale instellingen die al voor 2012 bereid zijn de zorg te verlenen tegen transparante en integrale tarieven (inclusief kapitaalslasten) en die bereid zijn het volledige afzetrisico te willen lopen, bij uitzondering het uitkeren van winst aan derden (aandeelhouders) bij Kabinetsbesluit al eerder kunnen worden toegestaan. Verschillende ziekenhuizen hebben bij de Minister van VWS een beroep op het experimenteerartikel gedaan, maar tot nu toe is de Minister van VWS terughoudend met het verlenen van een dergelijke status. Instellingen die reeds werken met normatieve huisvestingslasten en eerder overgaan naar een integrale kostprijsberekening op een gelijk speelveld, bijvoorbeeld de extramurale AWBZ-zorg werden direct van het verbod op het winstoogmerk vrijgesteld.

⁷⁶ Aldus ook de strekking van het kritische advies van de Raad van State naar aanleiding van het eerste wetsvoorstel; *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659, A., p. 13 en 14.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 27 659, nr. 16, p. 2 en 13-14.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2004/05, 27 659, nr. 52, p. 4-5.

In het Uitvoeringsbesluit wordt aan dit beleid uitvoering gegeven met de in de vorige paragraaf genoemde bevoegdheden. In art. 3.1 worden als instellingen waarvoor winstoogmerk is toegestaan aangewezen de audiologische centra, de trombosediensden en de instellingen voor huisartsenzorg, verloskundige zorg, kraamzorg, tandheelkundige zorg, paramedische zorg, het verstrekken van hulpmiddelen, farmaceutische zorg, ziekenvervoer en erfelijkheidsadviesing, alsmede instellingen voor AWBZ-zorg zonder de functie verblijf en ten slotte kleinschalige woonvoorzieningen voor beschermd wonen en andere kleinschalige woon-zorgcombinaties. In de toelichting schreef de Minister van VWS dat afhankelijk van de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet en de Wet marktordening zorgsector door toenemende concurrentie en toezicht daarop, hij wil bezien of het winstmotief bij ziekenhuizen en zelfstandige behandelcentra kan worden toegestaan.⁷⁹ In een brief van 9 juli 2007 aan de Tweede Kamer⁸⁰ neemt de Minister van VWS dit vooruitzicht terug en introduceert in plaats daarvan het concept van de rechtsvorm de ‘maatschappelijke onderneming’, die voor de zorg aangepast zou moeten worden met beperkte mogelijkheden voor uitkering van winst op nieuw ingebracht kapitaal. Deze rechtsvorm zou per 2010 beschikbaar moeten zijn. Bij succes in de ziekenhuissector, zou het model verruimd kunnen worden naar de intramurale AWBZ.

Uit het verbod op winstoogmerk in de WTZi volgt niet, dat de aangewezen instellingen de stichtings- of verenigingsvorm moeten hebben. Aangewezen zijn immers de soorten zorginstellingen en niet de rechtsvormen. Het winstoogmerk kan volgens de toelichting van de Minister van VWS ook op andere wijze dan door de enkele keuze van de rechtsvorm (stichting of vereniging) worden uitgesloten: ‘Een andere rechtsvorm is toegestaan. Indien bijvoorbeeld wordt gekozen voor een besloten vennootschap (BV), dient in de statuten te worden vastgelegd dat er geen sprake is van winstuitkering.’⁸¹ Met een winstklem of door de aandelen te laten houden door een stichting met als doelstelling het uitsluitend gericht zijn op de maatschappelijke belangen van deze zorginstelling kan aan het verbod worden tegemoetgekomen.

⁷⁹ Uitvoeringsbesluit, nota van toelichting, p. 14.

⁸⁰ *Met zorg ondernemen*, brief van 9 juli 2007, MC-U-2783995, *Kamerstukken II* 2006/07, 27 659, nr. 80.

⁸¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 689, nr. 90, p. 2.

2.3.4 HET ALTERNATIEF VAN DE ‘MAATSCHAPPELIJKE ONDERNEMING’

Van deze rechtsvorm verscheen een proeve van een wetsvoorstel met bijbehorende toelichting, die breed ter consultatie door de Minister van Justitie werd verspreid.⁸² De algemene gedachte achter deze rechtsvorm is blijkens de concept memorie van toelichting dat de overheid in de ‘semipublieke sector’ zou moeten terugtreden en de instellingen meer ruimte zouden moeten krijgen, die recht zal doen aan hun professionaliteit. Ook hier weer geldt de overweging dat de overheid niet in de beste positie is om de behoefte van de belanghebbende bij maatschappelijke dienstverlening goed in te schatten. Onder de semipublieke sector verstaat de Minister van Justitie het onderwijs, de zorg, de sociale woningbouw enz. De zorg is derhalve uitdrukkelijk inbegrepen. Het is echter aan het departement van VWS om de ruimte voor de maatschappelijke onderneming te bepalen. De keuze aan deze rechtsvorm, die zou moeten wedijveren met de gebruikelijke rechtsvormen van de stichting en de vereniging, wordt in de eerste plaats als een zaak van de instellingen zelf beschouwd en voorts als een zaak van wetgeving van het desbetreffende vakdepartement, in casu VWS. De departementale wetgeving moet ook gaan over de vraag of in de semipublieke sector instellingen een winst-oogmerk mogen hebben.

In het voorontwerp wordt na art. 304 van Boek 2 BW een titel 6a ingevoerd over maatschappelijke ondernemingen (art. 307a t/m 307s). In Boek 2 vinden verder nog een aantal kleine aanpassingen plaats met het oog op deze nieuwe rechtsvorm. De rechtsvorm wordt niet dwingend voorgeschreven, maar berust zelf op privaatininitiatief om haar te verkiezen boven een andere (art. 307a lid 1 met toelichting). De maatschappelijke onderneming moet primair diensten leveren of werkzaamheden verrichten die specifiek en uitsluitend zijn gericht op het daarmee gediende maatschappelijke belang (art. 307a lid 1). De keerzijde daarvan is dat het doel van de maatschappelijke onderneming niet mag inhouden het doel van uitkeringen aan oprichters of aan anderen die deel uitmaken van haar organen (noch aan derden) tenzij uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben (art. 307a lid 2). In de toelichting wordt gezegd dat eventueel rendement (‘winst’) niet aan kapitaalverschaffers wordt uitgekeerd, maar geheel en al ten goede moet komen aan het maatschappelijk belang dat volgens de statutaire doelstelling wordt gediend. Alleen dan heeft men ook aanspraak op het predicaat ‘maatschappelijke onderneming’ of een afkorting daarvan blijkens art. 307s. Dat sluit

⁸² Voor de tekst zie het themanummer ‘De maatschappelijke onderneming’ van *Ondernemingsrecht* 2007, 175, afl. 16, 7 december 2007, p. 582-585.

uit dat er – althans in de vorm van deze proeve – de Minister van VWS een vorm van maatschappelijke onderneming introduceert onder die titel, die wel – zij het met een beperking – winstuitkeringen op ingebracht kapitaal toestaat.⁸³ De suggestie van de Minister van VWS was om met een vorm van maatschappelijke onderneming aansluiting te vinden bij de ‘vennootschap met een sociaal oogmerk’, zoals België die kent. In de aanbiedingsbrief van de Minister van Justitie bij het voorontwerp wordt de maatschappelijke onderneming onderscheiden van ‘de sociale vennootschap’. Anders dan bij de maatschappelijke onderneming gaat het daar om ondernemingen met de structuur van een kapitaalvennootschap, die worden gekenmerkt door aandeelhouders kapitaal en bevoegdheden van aandeelhouders en een actieve rol van de overheid als aandeelhouder. Het betreft vennootschappen waar de overheid dus in participeert en verwezen wordt dan ook naar een toegezegde Nota Deelnemingenbeleid van de Minister van Financiën. Aan de verwarring draagt verder bij dat de Minister van Justitie in de aanbiedingsbrief wel de vraag stelt of een aanvullende regeling nodig zou zijn om de financieringsmogelijkheden te vergroten door beperkte rendementsvergoedingen of wel winstuitkeringen, waarbij niet in de eerste plaats wordt gedacht aan aandeelhouderschap en recht op dividend, maar aan participaties in de vorm van ledenbewijzen (zoals bij de coöperatieve vennootschap) of anderszins (andere winstrechten). De Minister van VWS duidt in *Met zorg ondernemen* dus noch op het een, noch op het ander. De maatschappelijke onderneming als vennootschap met sociaal oogmerk kent risicodragend kapitaal. Het voornaamste oogmerk mag niet bestaan in het doen van winstuitkeringen, doch als afgeleide doelstelling is dit niet uitgesloten. In de Belgische regeling wordt vereist dat een rechtstreeks vermogensvoordeel dat aan vennoten wordt uitgekeerd (het dividend) niet hoger mag zijn dan de rentevoet toegepast op het werkelijk gestorte bedrag van de aandelen, welke rentevoet wordt vastgesteld door de Koning.⁸⁴ Gelet op het kader van dit deel van het preadvies en de beschouwingen van Van der Ploeg elders in deze bundel over het voorontwerp van een wettelijke regeling van de maatschappelijke onderneming, beperken wij ons hier tot de hoofdlijnen. Van belang zijn met name het winstverbod en de vormgeving van twee organen van de maatschappelijke onderneming naast het bestuur, namelijk de raad van toezicht en de belanghebbenden vertegenwoordiging.

⁸³ Brief 9 juli 2007, p. 13.

⁸⁴ Zie A.C.W. Pijls, ‘De Belgische Vennootschap met Sociaal Oogmerk’, *Ondernemingsrecht* 2007, 181, afl. 16, p. 607-611, met name p. 608.

2.3.4.1 Het winstverbod bij de MO

Het winstverbod legt een beperking op het gebruik van de maatschappelijke onderneming. Uit de consultatieronde kwam naar voren dat de zorgsector niets in de rechtsvorm ziet. De Brancheorganisatie Zorg (BoZ) heeft in zijn brief van 4 oktober 2007 aan de Minister van Justitie gewaarschuwd dat met het plan een heilloze weg wordt ingeslagen, aangezien voor de gezondheidszorg elke toegevoegde waarde ontbreekt. Aan de expliciete behoefte van de sector om winstuitkeringen mogelijk te maken, komt de maatschappelijke onderneming bijvoorbeeld niet tegemoet. De NVZ vereniging van ziekenhuizen ziet bijvoorbeeld meer in gebruik van de naamloze en besloten vennootschap, die ondernemerschap in de zorg beter faciliteren. Deze behoefte ligt in de lijn van het uitgangspunt van de Minister van VWS dat na het afschaffen van de planning en de verplichte vergunningen voor vormen van bouw van de intramurale zorg, met het toegenomen risico de toegang tot de kapitaalmarkt voor de instellingen tegelijkertijd moet worden vergroot. Daaraan levert de maatschappelijke onderneming geen bijdrage. Waaraan wél gedacht zou kunnen worden is onderwerp van het navolgend hoofdstuk van ons preadvies.

De Minister van Justitie kwalificeerde de zorgsector vanuit de gedachte van de maatschappelijke onderneming tot probleemgebied, waar de wens om het eigen vermogen te vergroten winstuitkeringen te doen naar zijn mening direct vragen oproept zoals, ‘of het om aandelen en aandeelhoudersmacht moet gaan, in hoeverre het publieke doel moet worden beschermd tegen het winststreven, dat deze nieuwe mogelijkheden met zich meebrengen en hoe het met collectieve middelen vergaarde vermogen moet worden beschermd’.⁸⁵

2.3.4.2 Raad van toezicht

De maatschappelijke onderneming heeft een verplichte raad van toezicht (zoals wij zagen een algemene eis van health care governance). Gekozen is voor een coöptatie-model (art. 307j). Daarmee wordt de onafhankelijkheid van de raad van toezicht gegarandeerd. In de praktijk blijkt dit model gangbaar, zodat de toelichting op het artikel kan vermelden dat deze bepaling in governance codes van onder meer zorginstellingen voorkomt (zie inderdaad de zorgbrede governance code art. 3.4.2). Voor het overige is de regeling –

⁸⁵ ‘Bijdrage van de Minister van Justitie over de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming’, *Ondernemingsrecht* 2007, 176, afl. 16, p. 585-586, m.n. p. 586 f.k.

zoals de toelichting ook aangeeft – geïnspireerd op het toezicht bij de structuurvennootschap. De taakstelling van de raad van toezicht is nog ontleend aan het algemene vennootschapsrecht (vergelijk art. 2:140 lid 2 BW). De raad heeft namelijk tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken van in de door de maatschappelijke onderneming in stand gehouden onderneming(en) en instellingen. Daarvoor staat de raad het bestuur met raad terzijde. De raad van toezicht dient zich bij de taakvervulling te richten op het belang van de maatschappelijke onderneming en – zoals reeds besproken – in het bijzonder het nagestreefde maatschappelijke belang. Art. 307k bevat een aan het vennootschapsrecht ontleende regeling inzake ontslag en schorsing van de toezichthouder wegens taakverwaarlozing. De maatschappelijke onderneming, vertegenwoordigd door de raad van toezicht, kan een daartoe strekkend verzoek indienen bij de ondernemingskamer van het Gerechtshof van Amsterdam. Het ontwerp gaat dan uit van het zelfreinigend vermogen van het toezichthoudend orgaan. Als de meerderheid nodig is om een dergelijk verzoek in te dienen, waarom dan niet direct haar de bevoegdheid geven een disfunctionerend lid te ontslaan (met de algemene rechterlijke toets van art. 2:14 BW). Het toezicht op de meerderheid van de raad van toezicht wordt niet geregeld en het zou juist hier zijn waar het toezicht op het toezicht zou kunnen worden versterkt door de analogie met de structuurregeling, waar de algemene vergadering of de ondernemingsraad een verzoek tot ontslag wegens taakverwaarlozing kan indienen (zoals Zaman reeds suggereerde).⁸⁶ Afkomstig uit het vennootschapsrecht is ook een dwingendrechtelijke bepaling over informatievervalsing door het bestuur aan de raad van toezicht (art. 307l, vergelijkbaar met art. 2:141/251 BW). Specifiek aan het structuurregime is ontleend de goedkeuringsregeling voor belangrijke besluiten van het bestuur. Zij zijn onderworpen aan goedkeuring van de raad van toezicht (art. 307m). De lijst van welke besluiten het betreft, is ontleend aan art. 2:107 ABW en 2:164 BW. Men vindt dus met name veel bekends terug.

2.3.4.3 Belanghebbendenvertegenwoordiging

Het eigenlijk nieuwe in het wetsvoorstel, schuilt dan ook in de vertegenwoordiging van belanghebbenden, de stakeholders (art. 307o en 307p). De regeling van het orgaan van de belanghebbendenvertegenwoordiging is geënt op de Wet op de ondernemingsraden. Voor de zorg kan bovendien de parallel getrokken worden met de cliëntenraad uit de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen. Wie de belanghebbenden zijn moeten de statuten

⁸⁶ Zie D.F.M.M. Zaman, 'Bestuur en toezicht bij de maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2007, 178, afl. 16, p. 592-597, m.n. p. 596.

aangeven (art. 307c lid 1 sub a). Belanghebbenden zijn volgens de toelichting in ieder geval de reguliere afnemers van de diensten van de maatschappelijke onderneming, maar mogelijk ook anderen die belang hebben bij de kwaliteit van de door de maatschappelijke onderneming aangeboden diensten. Primair zijn dus cliënten van zorginstellingen belanghebbenden. Andere stakeholders zijn uiteraard de overheid, de zorgverzekeraars, de werknemers en de in ziekenhuizen vrijgevestigde specialisten. Het ligt niet in de rede de overheid in de belanghebbendenvertegenwoordiging op te nemen. Het publieke belang is van andere orde dan de overige belangen van de stakeholders. Zoals de toelichting op de proeve het formuleert: ‘de behartiging van publieke belangen die de overheid zich stelt, moet een publiekrechtelijke grondslag hebben en langs publiekrechtelijke weg worden verzekerd’. Voor het publieke belang dat men wil waarborgen, zijn effectievere middelen nodig. De zorgverzekeraars – zoals blijkt uit het hiervoor geschetste nieuwe wettelijk systeem – zijn belanghebbend, maar bevinden zich aan de overzijde van de markt als countervailing power. Deze incorporeren in een belanghebbendenvertegenwoordiging ligt niet voor de hand. Om effectief selectief inkoopbeleid te kunnen voeren, moet de verzekeraar zich niet gebonden weten aan compromissen die intern in de maatschappelijke onderneming tot stand komen. Bovendien is een vertegenwoordiging van zorgverzekeraars nog niet zo eenvoudig, aangezien het selectieve inkoopbeleid een instrument is op basis waarvan de zorgverzekeraars concurreren om de gunst van de verzekerde. Men doet in ieder geval afbreuk aan de scherpte van het marktinstrument indien een deel van het onderhandelingsproces plaatsvindt in de confrontatie van belangen in de belanghebbendenvertegenwoordiging. Vrijgevestigd specialisten in ziekenhuizen vormen een deelbelang, doch zien zichzelf als collectief waarschijnlijk in een positie dichter bij het bestuur dan dat zij een van de belanghebbendengroepen vormen in het vertegenwoordigingsorgaan. Het personeel (de professionals in loondienst) hebben reeds een eigen orgaan: de ondernemingsraad. Resteren de cliënten, voor wie de cliëntenraad met specifieke bevoegdheden is ingesteld. Zoals de BoZ reeds in de consultatieronde opmerkte is een smalle invulling van de belanghebbendenvertegenwoordiging een doublure met de medezeggenschap van de cliënten. Trekt men het breed dan haalt men allerlei belangen tegenstellingen binnen de muren van de bestuurlijke organisatie van de onderneming, waarvan men vreest dat het de slagvaardigheid ondermijnt.⁸⁷

⁸⁷ E.R. Helder, ‘Voorontwerp maatschappelijke onderneming: de reacties uit het veld’, *Ondernemingsrecht* 2007, 182, afl. 16, p. 611-615, m.n. 613.

De belanghebbendenvertegenwoordiging heeft een adviesrecht en een beroepsrecht dat gemodelleerd is naar de rechten van de ondernemingsraad als geformuleerd in de art. 25 en 26 WOR.⁸⁸ De regeling van de cliëntenraad was een *light versie* van de regeling voor de ondernemingsraad in de WOR. Zo heeft de cliëntenraad volgens de WMCZ geen beroepsrecht bij de ondernemingskamer van het Gerechtshof van Amsterdam. Voor onderwerpen die direct de patiëntenzorg raken, zoals voedingsaangelegenheden, de kwaliteit van zorg en de klachtenregeling is er een zwaarwegende adviesbevoegdheid in die toevoegt dat de zorgaanbieder geen van een door de cliëntenraad schriftelijk uitgebracht advies afwijkend besluit neemt, tenzij de door de zorgaanbieder ingestelde commissie van vertrouwenslieden heeft vastgesteld dat de zorgaanbieder bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn voornemen heeft kunnen komen (art. 4 lid 2 WMCZ). In de maatschappelijke onderneming zou – als de belangenvertegenwoordiging voornamelijk of geheel uit patiënten zou bestaan – hen wel een beroep op de ondernemingskamer toekomen. Bij stichtingen en verenigingen heeft een representatie van de cliënten de bevoegdheid om een enquêteverzoek in te dienen bij de ondernemingskamer. Deze bevoegdheid moet de belangenvertegenwoordiging nu juist weer missen. Zij kunnen alleen een concreet beroep instellen tegen een van het advies afwijkende beslissing van het bestuur (art. 307p lid 1). In een ziekenhuis zal het bestuur naast het medezeggenschapstraject met cliëntenraad en ondernemingsraad, en het strategisch overleg met de medische staf, ook nog eens een traject met de belanghebbendenvertegenwoordiging moeten doorlopen. Over nut en noodzaak daarvan, is kennelijk nog onvoldoende nagedacht.

2.3.5 BELEIDSPRIORITEITEN WTZI

Het beleid neergelegd in de beleidsregels van laatstelijk 9 juli 2007⁸⁹ onderscheidt de prioriteitscriteria bij de beoordeling van aanvragen voor toelatingen van de voorschriften die blijvend aan de toelating verbonden blijven. Hierdoor kan de Minister van VWS blijven sturen in het aanbod, maar blijkens de toelichting op de wet, is deze bevoegdheid bedoeld om het sturen op capaciteit om te zetten in een sturen op kwaliteit en transparantie, terwijl ook de doelstellingen van bereikbaarheid en doelmatigheid (kostenbeheersing) relevant blijven.

⁸⁸ Zie ook M. Holtzer, 'De medezeggenschap van de belanghebbendenvertegenwoordiging in de maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2007, 179, afl. 16, p. 597-602.

⁸⁹ *Sicrt.* 19 juli 2007, nr. 137, p. 31ff.

De prioriteitsregels, die een volgorde van toewijzing van toelatingen organiseren, staan en vallen met een uiteindelijk beperkt aantal toelatingen. Daarvan is sprake zolang de intramurale zorg – vanwege de dure infrastructuur – door het stelsel van bouwvergunningen beheerst wordt. Nu dit voor de cure niet meer het geval is en voor de care op korte termijn waarschijnlijk ook niet meer zal opgaan, blijven – behalve voor enkele zeer specifieke beperkte functies – alleen absolute kwaliteitseisen over. Het onderscheid met de blijvende voorschriften die aan vergunningen verbonden worden, valt daarmee weg. Een algemeen voorschrift dat in dit kader relevant is, is het besluit van 23 juli 2007 waarbij de *Beleidsregel behoud van waarde van onroerende zaken voor de zorg* aan de toelatingen wordt verbonden. Het behoud van waarde impliceert dat bij vervreemding van onroerende zaken de opgebrachte waarde binnen een jaar opnieuw dient te worden aangewend voor de zorg (althans daarvoor een uitgewerkt plan beschikbaar dient te zijn), bij gebreke waarvan de waarde van de onroerende zaken in het Algemeen Fonds Bijzondere Ziektekosten dient te worden gestort. De waarde van de onroerende zaken die moet worden behouden voor de zorg wordt gesteld op de marktwaarde ten tijde van de desbetreffende transactie van de onroerende zaken. Daartoe dienen de instellingen de marktwaarde van hun onroerende zaken voortdurend zichtbaar te maken in hun jaarverslagen. De strekking is dat er een vermogensklem wordt aangebracht op alle onroerende zaken die de instellingen die voorheen onder het bouwregime van de WZV/WTZi vielen op het moment van afschaffing van het bouwregime in hun bezit hadden/hebben. De zorginstellingen zijn massaal tegen deze voorwaarden opgekomen. De procedure loopt nog, maar in een advies aan de Minister van VWS heeft de VWS-adviescommissie bezwaarschriften Awb het standpunt ingenomen dat dergelijke voorschriften in strijd zijn met art. 1, Eerste Protocol bij het EVRM en de art. 43 en 56 van het EG-Verdrag inzake het recht van vrije vestiging, respectievelijk het vrij verkeer van kapitaal. Met name van belang was de overweging van de adviescommissie dat de Minister van VWS niet had aangetoond dat beperkingen op deze vrijheden noodzakelijk waren voor het in stand houden van een evenwichtig sociaal stelsel van ziektekosten (beroep op de ‘rule of reason’: dwingende redenen van algemeen belang). Dit is een overweging met een verdergaande strekking. Zij betekent namelijk dat de vrije marktwerking niet beperkt kan worden met de goede intenties van het in stand houden van een sociaal stelsel van ziektekostenverzekeringen en een evenwichtig stelsel van gezondheidszorg, maar dat de beperkingen die de wetgever aanbrengt ook doelmatig, effectief en proportioneel moeten zijn.⁹⁰ In deze transitiefase naar de

⁹⁰ De commissie oordeelde dat de Minister van VWS in strijd handelde met het evenredigheids criterium. Voor een evenwichtig stelsel van gezondheidszorg is het nodig om de ver- →

vrije markt is dat uiteraard een bijzonder lastige opgave. De vrije ruimte voor bestuurlijk handelen dat de Minister van VWS naar aanleiding van eerdere uitspraken van het Hof van Justitie van Europese Gemeenschappen meende te hebben, wordt aanzienlijk ingeperkt.

2.3.6 RECHTMATIGHEID VAN HET WINSTVERBOD

De maatschappelijke onderneming wordt niet dwingendrechtelijk voorgeschreven en moet derhalve aantrekkelijk zijn voor het particuliere initiatief. Daarvoor worden twee redenen genoemd: de herkenbaarheid van de maatschappelijke onderneming en de toegang tot de kapitaalmarkt. Het eerste is een zelfstandig wetgevingsmotief en voorstelbaar is dat de rechtsvorm inderdaad in een behoefte voorziet. Voor het tweede is dat slechts zo indien de weg naar de kapitaalvennootschap wordt afgesneden. Daarbij rijst de vraag hoe houdbaar eigenlijk het winstverbod op zich genomen nog is, nadat het zorgstelsel een fikse kanteling heeft gemaakt.

Bijna in alle landen bestaan private aanbieders met winstoogmerk naast publieke aanbieders zonder winstoogmerk. Niet elke organisatie wenst daar waar dat mogelijk is uiteindelijk van deze mogelijkheid gebruik te maken. Ook in Nederland zal bij het onvermijdelijke toestaan van het winstoogmerk hoogstwaarschijnlijk een mix gaan ontstaan van op winst en niet op winst gerichte ondernemingen met bestaansrecht naast elkaar en met elkaar. De eerste tekenen zijn reeds zichtbaar. Het Medisch Centrum Rotterdam-Zuid staat in de startblokken voor een experiment om commercialisering van het ziekenhuiswezen te testen. Op grond van art. 2 WTZi kunnen uitzonderingen met het oog op de gewenste ontwikkeling worden toegestaan bij wege van experiment. De NZa treft voorbereidingen voor een dergelijk experiment. Frank de Grave, voorzitter van de Raad van Bestuur van de NZa, zag recentelijk geen beletsel, dat bijvoorbeeld pensioenfondsen of banken in de zorg stappen. Wat het uitkeren van winst aan derden betreft verklaarde hij: 'Als van iedere verdiende euro de helft naar de zorg gaat en de andere helft naar de aandeelhouders, dan is iedereen spekkoper, ook de consument.'⁹¹ Voor het experimenteren met winst is een ministeriële regeling nodig met een voorhangprocedure. De huidige Minister van VWS heeft zijn kaarten nog niet op tafel gelegd. In de door hem aangekondigde brief over maatschappelijk ondernemen en winstuitkering zal mogelijk meer duidelijk worden.⁹²

mogensklem te hanteren. Dat niet iedere begrenzing kan worden losgelaten, betekent niet dat alle vormen van begrenzen zijn toegestaan; advies van 21 december 2007.

⁹¹ *Het Financieele Dagblad* 1 oktober 2007.

⁹² Zie ook *Kamerstukken II*, DMC-K-U-2804832 d.d. 5 november 2007.

De argumenten tegen het winstverbod zijn in de loop der jaren dunner geworden. Het is duidelijk dat belangen van aandeelhouders die op winstmaximalisatie zijn gericht, niet per se stroken met de belangen van de patiënt die een effectieve en kwalitatief zo hoogstaand mogelijke zorg wenst (die eerder de kosten opdrijft dan de winst). Deze belangentegenstelling is er tussen de instelling en de patiënt ook zonder winstverbod, zodra de kosten niet ongelimiteerd kunnen worden doorbelast op de zorgverzekering. Dat is niet het geval, noch is dat in de afgelopen decennia zo geweest. Het tegenwicht in deze verhouding tegen de belangentegenstelling is het waarborgen van de professionele autonomie van de hulpverleners (art. 7:453 BW en art. 40, 47 en 96 Wet BIG), de regulering van de patiëntenwetgeving (o.a. afdeling 7.7.5 van Boek 7 BW) en de kwaliteitsbewaking van de zorginstellingen (Kwaliteitswet zorginstellingen).⁹³ Daarbij komt als belangrijkste element de marktwerking, die in het algemeen moet verhinderen dat aanbieders onevenredige winsten maken ten koste van de afnemers van diensten en producten. Prijsconcurrentie (tweede aspect van marktwerking) wordt daarentegen onevenwichtig, indien men niet toestaat dat investeringen kunnen renderen door een voorsprong in productiviteit (derde aspect van marktwerking). Een algemeen winstverbod voor ziekenhuiszorg getuigt van weinig vertrouwen in dit complete wetgevingsprogramma.

Het is bovendien weliswaar nog niet toegestaan winst uit te keren aan derden, maar dat neemt niet weg dat er praktisch gesproken onder een andere titel dan ‘winstuitkering’ middelen uit de zorg naar de private sector wegvloeien in de vorm van op de eerste plaats salarissen en honoraria (waarvan de regulering niet van het winstverbod afhankelijk is) en verder de materiële kosten die kunnen toevloeien naar (winstgedreven) leveranciers van goederen en verhuurders van onroerend goed. De rente die ziekenhuizen nu betalen over hun bankleningen draagt bij aan de winst van de financiële instellingen. Het daarnaast toestaan van een winsttoogmerk behoeft aan het bestaande ‘weglekken’ niet extra bij te dragen, maar kan dat juist voorkomen. Winstgedreven instellingen zullen voor een efficiënt gebruik van vreemd vermogen een zekere solvabiliteit behoeven (vermogensbehoud) en de winst zal in een concurrerende markt niet ontstaan door hogere kosten dan nodig, maar door lagere tarieven door innovatie. Per saldo ‘lekt’ er idealiter minder ‘weg’.

⁹³ Al kan hier nog wel het nodige verbeterd worden, zie o.a. J.G. Sijmons, *De stimulerende middelen van de wetgever. Ontwikkelingen in het gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu 2008, m.n. p. 24-29.

Resteert nog de vraag of het überhaupt wel rechtmatig is om een winstverbod op te leggen. Zolang de instellingen zelf stichtingen zijn, hebben zij geen belang gehad om in rechte het winstverbod aan te vechten. Argumenten daarvoor zijn te geven. De vraag is immers of het winstverbod van art. 5.2 WTZi wel stand houdt in het licht van het Europees recht. In de memorie van toelichting op de WTZi werd hier door de Minister van VWS geen probleem gezien.⁹⁴ De WTZi was immers een vervolg op de WZV die het verbod reeds kende. Het was vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat het EG-Verdrag niet afdoet aan de bevoegdheid van de lidstaten om zelf hun sociaal zekerheidsstelsel in te richten (zie art. 152 lid 5 EG-Verdrag, bekrachtigd door een harmonisatieverbod (art. 152 lid 4 sub c EG-Verdrag). Het winstverbod maakt geen onderscheid naar nationaliteit (art. 12 EG).⁹⁵ Voorwaarden voor toelating kunnen niettemin het vrije verkeer belemmeren en daardoor in strijd komen met het EG-Verdrag.⁹⁶ Regulering van de toegang tot de zorgmarkt, zoals door de WTZi, levert in beginsel een belemmering van het vrije verkeer op.⁹⁷ De vraag is daarom of zij gerechtvaardigd is. In de zaken Smits en Peerbooms en Müller-Fauré werd deze vraag door het Hof beoordeeld voor de Nederlandse Ziekenfondswet, voor zover daarbij een verzekerde voorafgaande toestemming voor zorg in een andere lidstaat werd tegengeworpen.⁹⁸ Het Hof acht deze eis voor extramurale zorg (waarop de WTZi niet ziet) *niet* (strijd met art. 49 EG, recht van vrij verkeer van diensten), maar voor intramurale zorg *wel* gerechtvaardigd. De VWS-commissie bezwaarschriften Awb oordeelde – zoals hierboven aangegeven – ons inziens terecht, dat deze toets anders uitvalt bij een vermogensklem, die niet direct het zorgstelsel raakt. Deze lijn kan worden doorgetrokken naar het winstverbod.

De wetgever rechtvaardigt het winstverbod met een beroep op het in stand houden van een evenwichtig, doelmatig en kwalitatief stelsel van gezondheidszorg. Dit algemeen belang is in de jurisprudentie uitdrukkelijk erkend, waarnaar de Minister van VWS bij de behandeling van de wet in het parlement dan ook verwees.⁹⁹ Op het verbod van belemmeringen van het recht van vrije vestiging (art. 43 EG) en het vrije verkeer van kapitaal (art. 56 EG) zijn excepties mogelijk van niet-economische aard. Sedert het Verdrag van

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659, nr. 3, p. 33-34.

⁹⁵ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659, nr. 3, p. 33.

⁹⁶ Zie o.a. J.W. van de Gronden, *Zorg tussen lidstaat en interne markt. Zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief*, Den Haag: Wetenschappelijk Instituut CDA, p. 33.

⁹⁷ Zie Van de Gronden, 2003, a.w., p. 40.

⁹⁸ Zie Van de Gronden, 2003, a.w., p. 37-38.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 27 659, nr. 7, p. 25-26.

Nice is de grondslag van deze exceptie expliciet verwoord in het EG-Verdrag, zij het in de titel over sociale politiek, waar art. 137 lid 4 EG bepaalt, dat ter zake het recht van de lidstaten om de fundamentele beginselen van hun sociale zekerheidsstelsel onverlet wordt gelaten. De bepalingen van de Gemeenschap mogen geen ‘aanmerkelijke gevolgen’ hebben voor het financiële evenwicht van deze stelsels.¹⁰⁰ Een exceptie op grond van art. 46 of 58 EG en de *rule of reason* (HvJ EG, Cassis de Dijon) is mogelijk in het belang van de volksgezondheid. Bij de art. 46 en 58 EG moet het gaan om directe bedreigingen die hier niet aan de orde zijn. De algemene tendens van de jurisprudentie van het Hof ten aanzien van *rule of reason* is dat daarbij aan vier voorwaarden moet worden voldaan (o.a. HvJ EG, C-55/94, Gebhard): nondiscriminatie, dwingende eisen van algemene aard, proportionaliteit in ruime (geschikt ter verwezenlijking van het doel) en enge zin (niet verder gaan dan nodig voor het bereiken van dat doel).¹⁰¹ Gelet op het voorgaande argument dat het systeem reeds in een zeker evenwicht voorziet, kan met name de proportionaliteit moeilijk worden hard gemaakt. De kwaliteit is op andere wijze reeds wettelijk beschermd. Voor de solvabiliteit kan eventueel afzonderlijk normering worden overwogen, zoals voor ziektekostenverzekeraars geldt. De hoogte van de tarieven is aan de WMG onderworpen. De invloed van aandeelhouders op de zorg door hun zeggenschap via het aandelenkapitaal kan eveneens door minder ver strekkende maatregelen worden afgedempt. Wij gaan daar in het volgende hoofdstuk op in. Ons lijkt de conclusie plausibel, dat het winstverbod een verdragsschending oplevert.¹⁰²

2.4 Wet marktordening gezondheidszorg

2.4.1 HET DUBBELE KARAKTER VAN DEZE WET

Op deze wet zijn wij al kort ingegaan in par. 1.4. De WMG is het laatste deel van dit drieluik waarmee het nieuwe zorgstelsel is opgespannen. Zij is iets later dan de Zorgverzekeringswet en WTZi in werking getreden, namelijk op 1 oktober 2006. De WMG met als centraal bestuurlijk orgaan de NZa is het geëigend instrument om gereguleerde marktwerking verder vorm te geven. Op de website van de NZa zal men de slogan vinden ‘de NZa maakt en bewaakt zorgmarkten’. Zoals wij reeds zeiden, is de marktwerking in de zorg

¹⁰⁰ Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003 p. 626.

¹⁰¹ Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w., p. 605-606.

¹⁰² Zie reeds het kritische oordeel van de Raad van State in *Kamerstukken II 2000/01, 27 659*, A., p. 13-14; verder RVZ, *Winst en Gezondheidszorg*, Zoetermeer 2002, m.n. p. 29-30 en Sijmons, 2006, a.w., p. 217-222, 316-319 en 332-335.

beperkt en moet deze eerst tot stand worden gebracht. De verkeerde suggestie zou zijn dat de reden hiervoor gelegen is in de wijze waarop het private initiatief zichzelf organiseert. Het marktfalen wordt namelijk door oude regulering in stand gehouden en de opdracht van de NZa om de markten op een effectieve en evenwichtige manier te liberaliseren van de beklemmende invloed van de overheidsregulering die aan innovatie in de weg staat. Het in een keer vrijgeven van de markt met een Big Bang is politiek geen optie, omdat daarmee geen greep wordt gehouden op een eventuele stijging van de zorguitgaven, die toch de laatste jaren aanzienlijk is.

Daarmee is het dubbele karakter van de WMG gekenmerkt. Enerzijds houdt deze wet alle instrumenten van de oude tariefregulering formeel in stand, maar heeft de mogelijkheid in zich dit instrumentarium steeds meer met het oogmerk van het bevorderen van marktwerking, en dat met name prijsconcurrentie, in te zetten, en anderzijds preludeert de wet op een situatie waarin de NZa nog slechts als marktmeester optreedt bij verstoringen van de marktwerking (dus het echte marktfalen, althans de dreiging daarvan). Een belangrijke wissel is genomen in de totstandkoming van de wet, toen beide rollen van de NZa niet langer naast elkaar werden gezien, doch gelijktijdig moesten worden uitgevoerd. De oorspronkelijke opzet van de WMG bevatte twee verschillende hoofdstukken. De rol van prijsregulator werd onderscheiden van de rol van marktmeester. Op delen van de zorgmarkt waar géén prijsregulering meer zou plaatsvinden (en de NZa niet zou optreden in de rol van prijsregulator), zou de NZa als marktmeester op kunnen treden door interventies wanneer er sprake is van aanmerkelijke marktmacht van een marktpartij, die het gelijke speelveld zou kunnen verstoren. Art. 48 WMG verschaft de zorgautoriteit de bevoegdheid aan één of meer zorgaanbieders of ziektekostenverzekeraars alleen dan wel gezamenlijk in geval van aanmerkelijke marktmacht verplichtingen op te leggen in de sfeer van transparantieplichtingen, non-discriminatieplichtingen, een verbod op koppelverkoop en kruissubsidiëring, een leveringsplicht onder redelijke voorwaarden, een beperkingplicht van de capaciteit aan zorginkoop, de verplichtingen om een openbaar aanbod te doen enz. Dit lijstje is niet volledig en een bespreking van dit interventie-instrument laten wij hier verder achterwege. Zij is een eigen preadvies waard. Wij volstaan met de opmerking dat de regeling sterk gelijkend is op de positie van de NMa die kan optreden bij misbruik van machtspositie (art. 24 Mededingingswet). De NZa hoeft niet aan te tonen dat er sprake is van misbruik van de machtspositie. De NZa kan gegeven machtspositie van één of meer partijen preventief optreden om de ontwikkeling van de mededinging gunstig te beïnvloeden. De twee soorten van bevoegdheden van de NZa sluiten elkaar dus niet meer uit, maar kunnen samengaan. Tevens is het toepassingsgebied van het interventie-instrument bij aanmerkelijke marktmacht uitgebreid van de zorg inkoopmarkt naar de

zorgverzekeringsmarkt en zorgverleningmarkt.¹⁰³ Het effect is echter niet dat er daardoor enkel meer ruimte is voor de NZa als marktmeester, maar de terugslag van deze uitbreiding is, dat er ook meer ruimte blijft voor het langzaam uitfasen van de prijsregulering. Was de opzet van de WMG dat zodra mogelijk overgegaan moest worden van prijsregulering naar marktmeesterschap, nu is dat niet langer nodig. Daardoor kan het nieuwe verkend worden zonder het oude echt los te laten. De vraag is of dat zo gunstig is voor de zorg.

Aan het gebruik van het interventie-instrumentarium is de NZa nog niet echt toegekomen. Wel blijkt het erg moeilijk om afscheid te nemen van de oude vormen van tariefregulering. Daarvan twee voorbeelden.

2.4.2 INKOMENSBELEID INDIVIDUELE BEROEPSBEOEFENAREN

Wij spraken in het eerste hoofdstuk reeds over het nivelleringsbeleid van het Kabinet Den Uyl.

Dit vond indertijd bredere steun in het parlement en bij de invoering van de voorganger van de WMG, de WTG, werd dit beleid gericht op rechtvaardige inkomensverhoudingen voortgezet en geïncorporeerd in de WTG. Kern daarvan was dat de inkomens van de beroepsbeoefenaren in de zorg werden geïjkt op een door de overheid redelijk geacht inkomen, het ‘norminkomen’. De wettelijke basis hiervoor was de Prijzenwet. Het was niet aan het tarievenorgaan in de zorg (het COTG) om de norminkomens vast te stellen, maar aan de Centrale Overheid. Deze kon dan aan het CTG aanwijzingen geven omtrent de norminkomens en de tariefconsequenties daarvan (art. 15 lid 1 WTG).¹⁰⁴ De Hoge Raad oordeelde dat de Prijzenwet, bedoeld voor conjunctuurbeleid, geen grondslag kon bieden voor de normering van inkomens (HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360, *AB* 1984, 103). De Tijdelijke Wet Normering Inkomens Vrije Beroepsbeoefenaren moest die grondslag helen, welke wet weer werd afgelost door de Wet Inkomens Vrije Beroepsbeoefenaren (1987: ‘WIVB’).¹⁰⁵ Doel van de wet was, daar waar onvoldoende marktwerking bestaat en daarmee samenhangende te hoge inkomens niet anders door toepassing van wettelijke voorzieningen binnen redelijke termijn tot aanvaardbaar niveau kan worden teruggebracht, daarvoor de bevoegdheden te creëren. De wet voorzag in advies door een Adviescommissie inkomensvrijeberoepsbeoefenaren (art. 7 WIVB), en verplicht overleg met representatieve

¹⁰³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 186, nr. 23.

¹⁰⁴ Zie G.R.J. de Groot, *Tarieven in de gezondheidszorg*, Leiden: Kluwer 1998, p. 323-324.

¹⁰⁵ Wet van 21 april 1987, *Stb.* 186.

organisaties (art. 2 WIVB) en een voorhangprocedure in de Staten Generaal (art. 1 lid 3). De overheid had met name geen vertrouwen in de marktwerking in de gezondheidszorg, zodat de WIVB met name daar (en bij notarissen) is ingezet. Mede met (of misschien wel voornamelijk) om de collectieve lasten van de zorg te beheersen.¹⁰⁶ Kern van het inkomensbeleid is dat de functies in de gezondheidszorg werden geïjkt met ambtelijke salarissen. De ambtelijke schalen werden daarmee de maatstaf voor de inkomens in de zorg. Het geplande overleg over de norminkomens bleek uitermate moeizaam, met name ten aanzien van de medisch specialisten strandde het in procedures.¹⁰⁷ Nadat de meeste beroepen waren ingeschaald werd met ingang van 1 januari 1992 de WIVB ingetrokken (en kwam art. 15 WTG te vervallen), maar niet het inkomensbeleid. Weliswaar voorzag de WTG niet meer in de mogelijkheid van het voeren van een inkomensbeleid, een algemeen kostenbeheersingsbeleid was voldoende grondslag om de tot stand gebrachte norminkomens te bevriezen en trendmatig aan te passen. De doorwerking van het eertijdse inkomensbeleid doet zich nog steeds gevoelen. De NZa bepaalde dat per 1 januari 2008 het tarief voor orthodontisten met 3,9% bruto dan wel 7,5% netto zou worden gekort. De Nederlandse Maatschappij ter bevordering der Tandheelkunde ('NMT') kwam hiertegen op met het verzoek om een voorlopige voorziening bij de voorzieningenrechter College van Beroep voor het bedrijfsleven. De NZa had de tariefverlaging, die onderdeel is van een langer traject met een voorziene tariefdaling van 29%, gemotiveerd met de schaalvergroting en technologische vernieuwing in de orthodontiepraktijken, waardoor winst was ontstaan ten opzichte van het norminkomen en het genormeerde kostendeel in het tarief. Aangezien er geen sprake is van een normale markt, wordt dit voordeel niet doorgegeven aan de consumenten, zodat ingrijpen gerechtvaardigd is. De NMT beriep zich er onder meer op dat er daardoor sprake is van een direct inkomensbeleid waarvoor de WMG (inmiddels) geen grondslag (meer) biedt. De voorzieningenrechter oordeelde dienaangaande: 'De tariefbeschikking waarop de verzoeken betrekking hebben laat het inkomensbestanddeel van de sinds 1999 gehanteerde normatieve tariefonderbouwing ongemoeid en berust op de opvatting van verweerster dat dit inkomen kan worden gerealiseerd met de door haar berekende gemiddelde inspanning en met inachtneming van door haar berekende gemiddelde kosten met betrekking tot orthodontistenpraktijken met 3, 4 of 5 stoelen.'¹⁰⁸ Een inkomensbeleid niet wijzigen is echter ook

¹⁰⁶ Zie De Groot, a.w., p. 325, voetnoot 233.

¹⁰⁷ Andermaal De Groot, a.w., p. 326-330.

¹⁰⁸ Voorzieningenrechter CBB 24 september 2007, *LJN* BB4112, Gezondheidszorg *Jurisprudentie*, 2007, nr. 162, afl. 8, p. 1032.

inkomenspolitiek, namelijk het handhaven van een bepaald beleid. Het illustreert echter dat de meest algemene titel van kostenbeheersing en de meest algemene bevoegdheden om tarieven vast te stellen volstaan om het decennia oude inkomensbeleid kennelijk ongewijzigd voort te zetten. Over de rechtmatigheid kan men verschillend denken en deze tariefsverlaging blijft dan ook onderwerp van rechterlijke beoordeling.

2.4.3 BEKOSTIGING ZIEKENHUISZORG

Het tweede voorbeeld betreft de bekostiging van de ziekenhuiszorg. Dit thema laat weer de drieslag van de dubbele dialectische negatie zien. De bekostiging van ziekenhuizen berustte aanvankelijk op richtlijnen voor de beoordeling van diverse kostensoorten. Via het totaal aan kosten werd een bedrag per verpleegdag bepaald. Door deze voorcalculatie van kosten was er geen rem, maar juist een stimulans op de verhoging van de klinische productie. Te weinig verpleegdagen betekende een tekort aan dekking voor de vaste lasten, een hogere productie juist een overdekking en winst. Dit leidde tot de invoering van een stelsel van functiegerichte budgettering (FB-budget), waarmee in beginsel een jaarlijks vast budget aanvaardbare kosten werd vastgesteld door het COTG en onder- en overdekking werden geredresseerd in de tarieven.¹⁰⁹ Het FB-stelsel was echter verre van ideaal en onderwerp van zorg van vele commissies en werkgroepen. De Algemene Rekenkamer vatte de knelpunten op de eeuwdrempel als volgt samen:

- er is een kloof tussen de tussen ziekenhuis en zorgverzekeraars afgesproken zorg volgens het budget (rekenfunctie FB-systeem) en de gerealiseerde productie;
- er is een kloof tussen de normtarieven in het FB-systeem en de werkelijke kosten (laatste koppeling in 1992);
- historische kostenverdeling werkt door als historische ballast in het FB-systeem;
- het FB-systeem werkt vernieuwing en efficiëntie tegen;
- het FB-systeem is niet transparant over kwaliteit, doelmatigheid en toegankelijkheid;
- het COTB/CTG is onvoldoende in staat het systeem te verbeteren;
- de Minister van VWS heeft een wisselende koers gevaren (gebrek aan consistentie).¹¹⁰

¹⁰⁹ De Groot, a.w., p. 287-296.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 490, nr. 1-2, p. 11 t/m 13.

Reeds in 1994 zijn de partijen in het zorgveld gaan nadenken over een nieuwe vorm van output financiering en de bekostiging van de ziekenhuiszorg om te bouwen naar betaling op basis van zorgproducten. Aan de productentyping zou invulling gegeven worden door het formuleren van diagnose-behandeling-combinaties (DBC's). Die idee was geënt op het systeem van Diagnosis Related Groups (DRG's), dat in 1983 in de Verenigde Staten was ingevoerd. De Commissie-Biesheuvel brak het ijs voor deze systematiek in Nederland. Het zou tien jaar duren tot 1 januari 2005 voordat de DBC-systematiek zou worden ingevoerd, zij het zonder terzijde stelling van het FB-systeem. Het budget zou voorlopig alleen worden uitgedeclareerd op basis van DBC's. Het systeem is nog niet helemaal 'stabiel'. De toekomst is dat straks zonder FB-budget, de ziekenhuiszorg uitgedeclareerd wordt op basis van DBC's, met uitzondering van een aantal componenten waar de marktwerking niet voor een evenwichtige vrije prijsvorming kan zorgen. Het gaat dan om de kosten van de beschikbaarheidsfuncties van bijvoorbeeld spoedeisende eerste hulp, intensiverefaciliteiten, de kosten van opleiding van medisch specialisten e.d. Over het einddoel blijkt een brede consensus te bestaan en de Minister van VWS heeft zich ook herhaaldelijk aan dit doel gecommitteerd.¹¹¹ De WMG is ingevoerd met het oog op de liberalisering van de tarieven, maar dan onder de voorwaarden van het ontwikkelen van reële marktwerking: 'Marktwerking waar mogelijk, regulering waar nodig.'¹¹² Het tempo van de liberalisering van de ziekenhuiszorg is echter buitengewoon lastig gebleken. Niet alleen omdat de ziekenhuiszorg een ingewikkelde markt is, maar ook omdat voor alles de Minister van VWS een politieke verantwoordelijkheid voelt een ongelimiteerde kostenstijging te voorkomen.

Vooralsnog wilde de Minister van VWS dat realiseren door invoering van de maatstafconcurrentie.¹¹³ De maatstafconcurrentie is als theorie ontwikkeld door de Amerikaanse econoom Andrei Shleiffer, verbonden aan het Massachusetts Institute of Technology in 1985. De theorie is onder meer geïnspireerd door het Medicare vergoedingssysteem voor ziekenhuizen in de Verenigde Staten voor zorg aan gehandicapten en ouderen. Centrale gedachte is dat daar waar de markt niet werkt, de prijzen worden geijkt aan het niveau van de vrije prijzen op de vrije markt, daar waar op basis van werkzame concurrentie een prikkel tot kostenreductie door innovatie bestaat. De

¹¹¹ O.a. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 248, nr. 30 en *Kamerstukken II* 2006/07, 27 659, nr. 80.

¹¹² *Kamerstukken II* 2004/05, 30 186, nr. 3, p. 3.

¹¹³ Zie de aanwijzing van de Minister van VWS aan de NZa d.d. 29 oktober 2007 (MC-U-2808582).

prijzen op de imperfecte markt worden met andere woorden gerelateerd aan het prijsniveau op de (relatief) perfecte markt. Zo werd de prijs voor de zorg in het Medicare vergoedingensysteem gerelateerd aan de vergoedingen per DRG's op de vrije markt van ziekenhuiszorg. Er zijn ervaringen met maatstafconcurrentie op het gebied van de telecommunicatie (onder toezicht van de Opta) en het energietransport (onder toezicht van het DTe). Bij de invoering van de WMG werd al aangegeven dat de maatstafconcurrentie in de zorg zal worden ingevoerd.¹¹⁴ Omdat de referentie op de vrije markt ontbreekt, zal er sprake moeten zijn van vergelijking van de prijzen (efficiëntie) binnen de deelmarkten van de zorg, zoals de ziekenhuiszorg. De meest efficiënte ziekenhuizen worden de maatstaf voor de andere. De NZa had hiertoe voorstellen uitgewerkt.¹¹⁵ De onderlinge vergelijkbaarheid, de basis van het DBC-systeem en de historische verschillen, gesanctioneerd door vergunningen uit de tijd van de aanbodregulering, zijn dusdanig problematisch dat invoering van de maatstafconcurrentie en de modaliteit daarin, bij het ter perse gaan van dit preadvies nog een ongewisse zaak waren.

2.4.4 INTEGRALE KOSTPRIJSBEREKENING EN TARIEVEN MEDISCH SPECIALISTEN

De voortgezette inkomens/kostenbeheersingspolitiek bij de beroepsbeoefenaren en de liberalisering van de ziekenhuisbesteding leidt tot een *clash* (althans in theorie) bij de medisch specialisten. Hier ligt een van de breuklijnen in het nieuwe stelsel. Een korte toelichting.

De bekostiging van vrijgevestigde medisch specialisten vond tot 1 januari 2008 plaats op basis van een lumpsumregeling.¹¹⁶ Ziekenhuizen, medisch specialisten en verzekeraars onderhandelden midden jaren negentig 'lokale initiatieven' uit voor de medisch specialisten met het doel volumegroei van de honorariumomzet (door de *output pricing*) te beperken en een begin te maken met inkomensharmonisatie. Deelname aan de lumpsum werd vanuit de overheid beloond met een vrijwaring voor generieke tariefkortingen op de specialistentarieven. Deelname aan de lumpsumregeling betekende dat de honorariumomzet (per medisch specialist) jaarlijks bij voorbaat werd gelimiteerd tot de omzet van in de meeste gevallen basisjaar 1994, met een jaar-

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 2004/05, 30 186, nr. 3, p. 16-17.

¹¹⁵ *De zichtbare hand. Uitvoeringstoets Ziekenhuisbesteding*, Utrecht 2006, *Hoofdlijnen deregulering tarieven ziekenhuiszorg*, Utrecht februari 2007 en *Op weg naar vrije prijzen*, Utrecht maart 2007.

¹¹⁶ Zoals mogelijk gemaakt bij brieven van minister Borst-Eilers van 17 november 1994, kenmerk VMP/O-943377 en 13 februari 1995, kenmerk VMP/O-95351.

lijkse trendmatige aanpassing. De wijze waarop de omzet uiteindelijk binnen de muren van het ziekenhuis werkelijk over de maatschappen werd verdeeld, werd overgelaten aan ziekenhuis en maatschappen van medisch specialisten. Zo werden de vrijgevestigd medisch specialisten weliswaar beschermd tegen inkomensgevolgen van volumedalingen, maar een prikkel tot efficiëntie en inzet op het gebied van het ondernemen in de zorg ontbrak. Dat was natuurlijk voorzienbaar, want in hetzelfde jaar startte immers het project om de *input pricing* van de ziekenhuizen om te bouwen naar een *output financiering* via verrekening met de DBC's.

Pas in 2003 trad een gewijzigde 'lumpsumsystematiek' in werking, die de negatieve effecten van de input financiering moest ombuigen. Er werd een eerste stap gezet richting prestatiebekostiging door de hoogte van de lumpsum mee te laten muteren met de zogenaamde voordeurparameters: eerste-polikliniekbezoek, dagverpleging en opname. De prijs per prestatie van een medisch specialist was gelijk aan de waarde van de FB-parameter en nog niet aan het DBC-tarief (toen nog niet gereed). Het honorarium van de vrijgevestigd medisch specialist per verrichting werd bepaald op basis van normtijd maal macroneutraal uurtarief (€ 140 prijsniveau 2005). Van een uniforme relatie tussen productie en inkomen was echter nog geen sprake.

Met de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet per 1 januari 2006 verdween de Wet integratie medisch specialistische zorg, dat wil zeggen een koppeling tussen ziekenhuis en vrijgevestigd medisch specialist in de contractering van de productie werd per die datum formeel losgelaten. De potentiële tegenstellingen tussen ziekenhuis en medisch specialist werd nog toegedeckt dankzij de instandhouding van de lumpsumregeling. In een relatie waarin geen van beide partijen enig of nagenoeg geen risico liepen, was de Model toelatingsovereenkomst nog een geijkt instrument om verhoudingen daar waar nodig te stroomlijnen. Niet in de laatste plaats om ervoor zorg te dragen dat de fiscale gevolgen voor die verhouding niet onder het loonbelastingregime zouden komen te vallen.¹¹⁷

Met de aanpassing van de ziekenhuisbekostiging is de lumpsumregeling per 1 januari 2008 afgeschaft. De medisch specialisten worden volledig bekostigd en gefinancierd op basis van DBC's. Het normtarief en de gevalideerde normtijden – die inmiddels door de Nederlandse Zorgautoriteit zijn vastgesteld – dienen daarbij als uitgangspunt.¹¹⁸ De medisch specialisten hebben

¹¹⁷ Besluit Minister van Financiën 12 april 2006, kenmerk BB98/524M.

¹¹⁸ Op grond van de op 17 januari 2007 gesloten overeenkomst tussen de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de Orde van Medisch Specialisten. Zie ook de beleidsregels van de NZa, nr. CI-1001 en CI-1009.

met een akkoord met de Minister van VWS over het normatieve uurtarief een dreigende verdere daling van het uurtarief (andermaal de voorgezette norm-inkomenspolitiek als bij de orthodontie) willen voorkomen. De (inkomens)gevolgen pakken voor de specialisten verschillend uit. Tussen productie en inkomen is een één op één relatie tot stand gebracht. Productie wordt volledig beloond, het uurtarief daalt met procenten en de inkomensgarantie vervalt. Binnen de productieafspraken die het ziekenhuis met de verzekeraars sluit, is het volume van de DBC-productie vrij. Het honorarium van de medisch specialist evenwel niet, daarvoor geldt een vast tarief van € 135,50 (prijspeil 2008). Voor de relatie ziekenhuis-vrijgevestigd medisch specialist is dat anders. Met ingang van het jaar 2008 dienen de ziekenhuizen binnen de bandbreedte van € 129,50 en € 141,50 (prijspeil 2008) met vrijgevestigde medisch specialisten afspraken te maken, niet alleen over het honorarium, maar ook voor wat de productie betreft.¹¹⁹ De inkomens dalen als extra productie dit niet goedmaakt. De ziekenhuizen moeten de integrale DBC's (waarin een honorariumdeel van de medisch specialist versleuteld zit) echter bij de zorgverzekeraars verkopen. Selectieve inkoop door zorgverzekeraars betekent productieafspraken met het ziekenhuis, die deze intern door moet zetten naar de medisch specialisten. Deze leven zo onder een dubbel regime van inkomensbeleid van overheid en microbudgettering door gebonden ziekenhuizen. De effecten daarvan zullen nog wel aan de oppervlakte komen.

2.4.5 PRIJS ALS PRIKKEL EN VALUE FOR MONEY

De slotsom is vooralsnog dat de overheid heeft ingezet op doelmatigheid te bereiken door liberalisering van de tarieven, mits voldoende prijsconcurrentie de prijsregulering kan overnemen en kan zorgen voor een efficiënt prijsniveau.

Het is de institutionele kant van de markt die ingewikkeld is en tot voorzichtigheid noopt. Prijsconcurrentie werkt op de verzekeringsmarkt bij de aangeboden nominale premies. In het geliberaliseerde deel van de ziekenhuistarieven (B-segment) is in reële termen een prijsdaling zichtbaar geworden.¹²⁰ Bewezen is dat prijsconcurrentie kan werken voor ziekenhuiszorg. De vraag is of alle institutionele checks en balances voorhanden zijn om het instrument breder in te zetten. Dit valt in ieder geval te verkiezen boven de

¹¹⁹ <www.minvws.nl/dossiers/dbc/specialistische-informatie-over-dbc-in-ziekenhuizen/dbc-in-ziekenhuizen-2008-2011/>.

¹²⁰ *NZa monitor ziekenhuiszorg* 2007, p. 8.

easy way out van de kostenbeheersing, waarbij de Minister van VWS kortingen oplegt aan de sectoren met kostenstijgingen die de ramingen van VWS overschrijden. Als de Minister van VWS het zorgvolume niet kan sturen en beheersen, maar de vraag beslissend is, vervalt de rechtvaardiging om volume-effecten op de prijs van de zorgaanbieders af te wentelen. Het excuus dat daarvoor in het oude stelsel gold, was dat de door de overheid vastgestelde tarieven genoeg ruimte boden voor tariefdalings op basis van efficiëntie. Als de markt in prijsconcurrentie het meest efficiënte tarief aanwijst, vervalt dit argument. En daarmee de grondslag om de zorgaanbieder verantwoordelijk te maken voor de kosten van de zorgvraag (veroorzaakt door meer medische middelen en mogelijkheden en meer ziekte of zorgbehoefte door dubbele vergrijzing). Zoals in de nota *Vraag aan Bod* al gesignaleerd, is het geëigende kostenbeheersinginstrument de financiering, namelijk de omvang van het verzekerde pakket en premievoorwaarden (de inmiddels weer afgeschafte no-claim, eigen betalingen en kortingen).

3. Ondernemen op de zorgmarkt

3.1 Onderneming en kapitaal

3.1.1 TUSSENCONCLUSIE: ‘HET ZIEKENHUIS’ IS NIET MEER

Terug naar de vraagstelling van het preadvies: wat betekenen samengevat deze wetwijzigingen nu voor het ondernemerschap van de instellingen in de zorg, met name in het voorbeeld van de ziekenhuizen? De vertrouwde inbedding van de zorgvoorziening als ‘ziekenhuis’ is komen te vervallen door drie ontwikkelingen:

- De zorgverzekeringsaanspraken zijn inmiddels functioneel omschreven (‘wat’ en niet ‘door wie’) en worden (bij de naturapolis) door de zorgverzekeraars via een zorginkoopbeleid verstrekt, waarbij niet langer een wettelijk beschermde aanbodstructuur, maar volledige concurrentie om de functioneel gedefinieerde vraag voorop staat.
- De wettelijke toelating tot de markt is gedereguleerd tot het niveau van de bestuursstructuur en transparantie volgens de *health care governance*. Toelatingsbeleid wordt gevoerd op het niveau van de functioneel omschreven zorgsectoren, bijvoorbeeld voor ‘medisch specialistische zorg’ (in organisatorisch verband).
- De financiering voor de zorginstellingen wordt omgezet van een budgetteringstelsel gericht op het in stand houden van de capaciteit van de krachtens vergunningen gerealiseerde voorzieningen, naar een volledige output financiering tegen in vrije concurrentie uit te onderhandelen tarieven (met veiligstelling van financiering van niet aan de markt toe te vertrouwen beschikbaarheidsfuncties).

Conclusie is dat de juridische inbedding die het ziekenhuis vaste vorm gaf, oplost in de dynamiek van de markt. Ronald Coase's *The Nature of the Firm* (1927) verklaarde het bestaan van de onderneming als alternatief voor te hoge transactiekosten op de markt.¹²¹ De onderneming realiseert *economies of scale* die in een vrij onderhandelingsproces niet te realiseren zijn. De dynamiek van de zorg en financiering heeft de specialisten na de Tweede Wereldoorlog massaal naar de ziekenhuizen gelokt, waar zij voorheen zelfstandige praktijken buiten het ziekenhuis voerden. Door de specialisatie en kostenintensieve zorg werd omgekeerd in dezelfde periode het verpleeghuis als functie van het ziekenhuis afgesplitst. De aanbodregulering fixeert het ziekenhuis in vorm en financiering in belangrijke mate. De impliciete verhoudingen werden niet meer op hun marktconformiteit beproefd. De hiervoor in abstracte termen beschreven ontwikkeling van de juridische context van het ziekenhuis is niet minder dan een kleine revolutie, die het ziekenhuis als vervanger van de transactievormen op de vrije markt op de proef gaat stellen. De verhoudingen worden fluïde en zoeken houvast in nieuwe 'beter dan de markt'-structuren die omarmd worden niet omdat de wetgever deze heeft gesanctioneerd, maar omdat zij het meest praktisch zijn om de belangen te bundelen en de marktwerking aan te gaan. De zorgmarkt is in een fase aanbeland, waarop zij het ziekenhuis als onderneming opnieuw zal definiëren. Daarbij staat ons niet voor ogen dat de *market for corporate control* de enige toetssteen zou moeten zijn voor efficiency (zoals de 'Theory of the Firm' ook wel wordt uitgelegd).¹²² Het algemeen belang van de zorg speelt hierin ook een rol, maar zal door de participanten in het spel moeten worden opgenomen en herkend (belangenpluralisme).

De verhoudingen waarin en de markten waarop het ziekenhuis zich beweegt zijn meerdere. Wij verkennen enkele richtingen:

- de verhouding tot de kapitaalmarkt: het ziekenhuis als kapitaalvennootschap (§ 3.2);
- de mate waarin een zorginstelling zich beperkend tot de core business van de zorg kan inlaten met een full service partner: (semi)publieke-private samenwerking (§ 3.3);
- de interne verhoudingen met de medisch specialisten: het ziekenhuis als concern (§ 3.4).

¹²¹ Uiteraard een visie die niet zonder tegenspraak bleef (Williamson, Alchian, Desmetz, Grossmann, Hart en Moore e.a.), maar waarvan de kerngedachte volgens onze tweede dimensie van marktwerking nog steeds een hanteerbare notie oplevert. De relativiserende complexiteit is de vraag naar effectiviteit van de onderneming volgens de dynamische benadering (derde dimensie).

¹²² M.J. van Ginneken, 'Vijandige overnames en het vennootschappelijk belang', *Ondernemingsrecht* 2006, 171, afl. 15, p. 526-534, m.n. p. 533-534 en noot 73.

DEEL I

Wij laten – vanwege het hoofdzakelijk meer zorggerichte karakter – de ketenvorming in de zorg buiten beschouwing, hoewel dit voor de praktijk een zeer actueel thema is. Haalt het ziekenhuis de banden aan met het verpleeghuis in de ketenvorming, of stoot zij de tak na aanvankelijke integratie inmiddels weer af vanwege concentratie op de *core business*?

In de eerste twee betekenissen van marktwerking is er zeker sprake van meer marktwerking en meer ondernemerschap. In de derde betekenis van ruimte voor innovatie en marktwerking door de tijd (afstemming nieuwe vraag en nieuw aanbod) is met name de financiering relevant. Deze kan geschieden uit de cash flow van de ziekenhuizen indien de zorgverzekeraars daarvoor in de tarieven de ruimte laten. Hoe succesvoller zij zijn in het uitoefenen van hun countervailing power, des te meer beperken zij de opbouw van de solvabiliteit van de ziekenhuizen en daarmee hun mogelijkheden om rentedragend kapitaal aan te trekken. De middelen voor innovatie dient dan vooral van buiten te komen door het aantrekken van risicodragend kapitaal. Als gezegd is dat de wetgever nog een stap te ver. Wij werpen een verkennende blik over de grenzen.

3.1.2 TOETREDEN ZORGINSTELLING TOT DE KAPITAALMARKT

3.1.3 PRAKTIJK IN HET BUITENLAND

Het winstoogmerk is niet de oplossing voor alles. Integendeel. Dat blijkt uit het feit dat in landen waar het winstoogmerk voor zorginstellingen is toegestaan, het marktaandeel van deze instellingen een kleine minderheid is tegenover een overwegend niet op winst gericht aanbod. Er is kennelijk niet voor alle instellingen belang bij een vennootschapsstructuur. De verwachting dat de Nederlandse gezondheidszorg wordt overgenomen door op winst beluste ondernemers lijkt daarom reeds ongegrond. Zelfs in de Verenigde Staten is dat niet het geval. Hoewel Frankrijk, Duitsland en Engeland een relatief omvangrijke for-profitsector kennen bij de ziekenhuiszorg, blijft het aandeel in de beddenscapaciteit van dit segment eveneens ruim achter bij dat van de publieke sector.

| | Publiek | Privaat Not for profit | Privaat For profit |
|---------------------|---------|---------------------------|-----------------------|
| Nederland | 15 | 85 | 0 |
| Frankrijk | 65 | 15 | 20 |
| Duitsland | 54 | 38 | 8 |
| Verenigd Koninkrijk | 95 | 3 | 2 |
| Zweden | 99 | 0 | 1 |
| Verenigde Staten | 16 | 71 | 13 |
| Canada | 98 | 0 | 2 |
| Singapore | 80 | 0 | 20 |

Bron: Roland Berger 2005

Ervaringen uit het buitenland met marktwerking en/of winstuitkering zijn er in veelvoud. Enkele significante lichten wij eruit ter illustratie van de verschillen in operationele context.

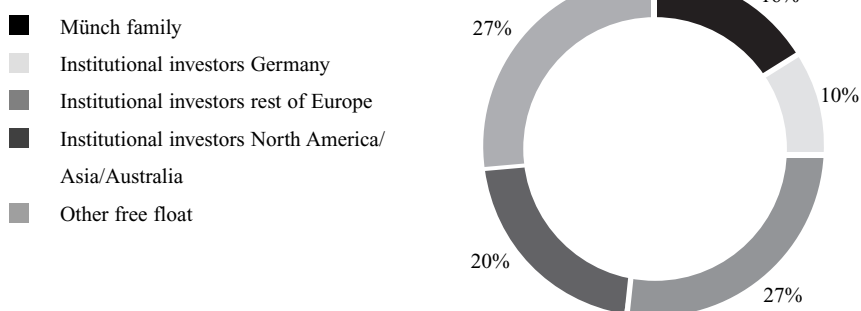
3.1.3.1 Rhön-Klinikum AG

In Duitsland vinden we een van de eerste succesvolle voorbeelden van het beursgenoteerde ziekenhuis(concern) in Europa, waarbij geen sprake is van marktwerking, wel van winstuitkering.

De Rhön-Klinikum AG (verder 'Rhön-Klinikum') is een beursgenoteerde onderneming die private ziekenhuizen exploiteert in Duitsland. Als eerste Duitse ziekenhuisconcern ging Rhön-Klinikum op 27 november 1989 naar de beurs. De aandelen waren aanvankelijk in handen van een van de oprichters (Münch, 25%), een aantal institutionele beleggers en een vermogende familie, die het aandelenkapitaal heeft overgedaan aan HypoVereinsBank.¹²³ Pas sinds 2005 representeert elk aandeel één stemrecht. Er zijn sindsdien geen beperkingen meer aan het uitoefenen van het stemrecht of de overdracht van aandelen. Dat heeft er overigens niet toe geleid dat aandelen overwegend in vijandige handen zijn gekomen. In 2006 is een geconsolideerde winst geboekt van € 109.1 mln.¹²⁴

¹²³ Zie ook 'Tel uit je winst: de Duitse ziekenhuis NV als voorbeeld voor zorgvernieuwing', ING/SEO-onderzoek, 2003.

¹²⁴ Rhön-Klinikum AG, Annual Report 2006, p. 65 e.v.

Shareholder structure of RHÖN-KLINIKUM share

Bron: Rhön-Klinikum AG Annual Report 2006, p. 6

Aan het einde van 2006 bestond het concern uit 45 ziekenhuizen in meer dan 34 verschillende plaatsen, verdeeld over 8 deelstaten. Het universitair hartchirurgisch centrum te Leipzig is het eerste en tot nu toe enige ziekenhuis van Rhön-Klinikum dat tevens functioneert als universiteitskliniek, inclusief onderwijs en onderzoek. De universiteitskliniek is in 1994 overgenomen en kort daarna geheel nieuw gebouwd. In Duitsland is het niet zonder meer mogelijk private ziekenhuizen te beginnen. Als je een privaat ziekenhuis wenst te beginnen, waar verplicht verzekerden kunnen worden behandeld, is het noodzakelijk dat het betreffende ziekenhuis is opgenomen in een plan van een deelstaat. Aangezien er in Duitsland een overcapaciteit aan bedden bestaat, worden nieuwe ziekenhuizen niet (meer) in een plan opgenomen. Rhön-Klinikum kan om die reden slechts ziekenhuizen exploiteren door overname van reeds bestaande ziekenhuizen die al wél in een plan van een deelstaat zijn opgenomen als zij verzekerde zorg wenst te leveren.

In Duitsland zijn twee soorten non-profitziekenhuizen die voor een potentiële overname in aanmerking zouden komen. Allereerst ziekenhuizen die eigendom zijn van een geloofsgemeenschap en ten tweede ziekenhuizen die eigendom zijn van een regionale of lokale overheid. De praktijk wijst uit dat overnames zich vooral bij deze laatste categorie voordoen. Dat laatste was ook het geval bij het hartchirurgisch centrum te Leipzig.

Het hartchirurgisch centrum is uiteindelijk door Rhön-Klinikum nieuw gebouwd. De investering is voor eigen rekening genomen. Aangezien in Duitsland wordt gewerkt met vaste budgetten, gebaseerd op een enigszins gemodificeerd Australisch DRG-systeem – vergelijk het Nederlandse DBC-systeem – waarin geen vergoeding voor kapitaallasten is opgenomen, moeten de investeringen worden terugverdiend uit de normale exploitatie. De

investeringskosten bedragen circa non-profitziekenhuizen ligt dit ongeveer 20% hoger. Dit heeft, naast een efficiënt bouwconcept, te maken met het feit dat private ziekenhuizen in Duitsland niet openbaar hoeven aan te besteden. Non-profitziekenhuizen moeten daarentegen wél openbaar aanbesteden. Private ziekenhuizen kunnen na de aanbesteding nog gaan onderhandelen over de prijzen en daardoor een extra prijsvoordeel bereiken.

Het ziekenhuis in Duitsland vertoont bouwkundige en beleidsmatige verschillen met recent in Nederland nieuw gebouwde ziekenhuizen. De verschillen hebben in het bijzonder te maken met het feit dat Duitse ziekenhuizen alleen een klinische functie vervullen. Poliklinieken en de daarbij behorende voorzieningen ontbreken. Er is daarnaast gekozen voor een bedrijfsproces voor de doorstroming van patiënten door middel van ‘stepped care’, te weten intensive care, intermediate care, normal care en low care. Patiënten worden zo snel mogelijk van de ene unit overgedragen naar de andere. Het aantal personeelsleden neemt af naarmate de zorgintensiteit lager wordt.

Als er winst wordt gemaakt, deelt het gehele personeel daarin mee. Al het personeel, medisch specialisten en anderszins is bij Rhön-Klinikum in loondienst. Als beloningssysteem wordt onder andere een opslag per nachtdienst en een mogelijke winstdeling van ‘hun ziekenhuis’ in het vooruitzicht gesteld. De business case is in Duitsland gebonden aan het gegeven van een DRG-systeem met vaste prijzen (exclusief kapitaallasten). Er is sprake van een ‘open eind’-financiering. Doelmatigheid vertaalt zich direct in winst.

Van deze business case getuigt naast Rhön-Klinikum ook de Asklepios Groep. In 2004 heeft de Asklepios Groep een aantal ziekenhuizen overgenomen van het Landesbetrieb Krankenhaus Hamburg. De deelstaat Hamburg was niet langer bereid de verliezen, in 2003 opgelopen tot ruim 80 miljoen euro, te dekken. In het eerste jaar na de overname vervijfvoudigde het resultaat tegenover een stijging van de omzet met slechts 3%. Inmiddels heeft de Asklepios Groep 86 locaties in Duitsland. Daarmee is zij een van de grootste private ziekenhuisondernemingen in Duitsland. In 2006 bedroeg de omzet 2 miljard euro. Het besturingsmodel van de Asklepiosgroep is gericht op het leggen van verantwoordelijkheden bij de individuele ziekenhuizen met tegelijkertijd ondersteuning via centraal aangeboden diensten.

3.1.3.2 Capio hälsa och sjukvård AB

Marktwerking in de Zweedse gezondheidszorg is, als wij de Raad voor de Volksgezondheid mogen geloven, ‘een voorbeeld voor Nederlanders’.¹²⁵ Al is het Zweedse systeem minder door de markt gestuurd, toch zijn er voorbeelden van deregulering. Bijvoorbeeld het tot 17 november 2006 nog aan de beurs genoteerde ziekenhuisconcern Capio (‘Capio’). Capio exploiteert onder andere in Stockholm het St. Görans Ziekenhuis en verdient daar geld mee. De omzet in 2005 was ruim 1,2 miljard euro. De hedge funds Apax en Nordic Capital Fund hebben Capio na een succesvol vijandig bod van ruim 1,7 miljard euro overgenomen en van de beurs gehaald.

Slechts negen jaar na de oprichting in 1999, is Capio actief in Zweden, Noorwegen, Denemarken, Finland, Groot-Brittannië, Spanje, Duitsland en Frankrijk. In totaal heeft het bedrijf ruim 13 400 medewerkers. In Zweden – bakermat van Capio – heeft de overheid in het begin van de jaren negentig de gezondheidszorg radicaal hervormd door te gaan financieren op basis van productie, in plaats van globale budgettering. Een systeem, vergelijkbaar met het Nederlandse systeem van de financiering op basis van DBC’s heden ten dage. De zeggenschapstructuur werd gelijktijdig grondig hervormd. De lokale overheden bleven de financiers van de ziekenhuizen, maar waren niet meer bewindvoerders. Als derde hervorming werd transparantie over wachtlijsten en medische kwaliteit vergroot door nationale indicatoren te definiëren en te meten. Deze hervormingen hebben uiteindelijk geleid tot 10-25% hogere productiviteit in de eerste jaren nadat ze waren ingevoerd. Uiteindelijk is de productiviteit gestabiliseerd.

Bij wijze van experiment werd in 1994 aan een van de ziekenhuizen in de Stockholm-regio een winsttoogmerk toegestaan. Het doel van het experiment was om te bezien of een goeddraaiend ziekenhuis, als het een winsttoogmerk kreeg, nog beter kon presteren. En uiteraard of het daarmee de totale zorg in een regio op een hoger plan kon brengen. Het geprivatiseerde ziekenhuis, St. Göran – vanaf 1999 een van de ziekenhuizen van Capio – was destijds uitverkorene. Inmiddels is Capio op de ‘for profit-wijze’ succesvol actief op meerdere Europese markten.

Winstgerichte zorg brengt dynamiek. De ziekenhuizen van Capio zijn gezien hun resultaten door de jaren heen efficiënter geworden, kennelijk zonder dat het ten koste is gegaan van de kwaliteit. Bovendien heeft het toelaten van

¹²⁵ Advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid, *Winst en gezondheidszorg*, Zoetermeer 2002.

ziekenhuizen met winstoogmerk voor een positieve dynamiek gezorgd bij de andere ziekenhuizen. De overname door Apax en Nordic Capital Fund heeft niet geleid tot een stagnatie van de expansiedrift van het concern. Na overname zijn nog ziekenhuizen in Frankrijk en Engeland aangekocht.

3.1.3.3 Tenet Healthcare Corporation en Beverly Enterprises Incorporated

Het ziektekostenverzekeringsstelsel in de Verenigde Staten bestaat uit een van oudsher belangrijkste private verzekering en publieke regelingen voor bepaalde bevolkingsgroepen, zoals Medicare en Medicaid. Doorgaans hebben die laatste de vorm van een door de werkgever aangeboden collectieve verzekering, omdat door fiscale ondersteuning de zorgverzekering in de loop der tijd is uitgegroeid tot een belangrijke secundaire arbeidsvoorwaarde. Een kenmerk van de Amerikaanse zorgverzekeringsmarkt is dat de scheidslijnen tussen de zorgverzekering, financiering van zorg en de zorgverlening zijn vervaagd. Naast de ‘gewone’ ziektekostenverzekeraars die op basis van restitutiepolissen de gemaakte zorgkosten vergoeden, bieden de grootste werkgevers zelf polissen aan en zijn er ‘health maintenance organisations’ waarbij de verzekering en de zorgverlening zijn geïntegreerd in een naturapolis. De Amerikaanse zorgverzekeringsmarkt is sterk gesegmenteerd. Elke staat kent zijn eigen regelgeving, terwijl er per staat ook nog eens drie verschillende markten zijn, te weten de individuele markt, de ‘small groups market’ waarop kleine werkgevers een collectieve zorgverzekering kunnen verkrijgen, en de ‘large groups market’ voor grote werkgevers.¹²⁶

Hoewel het absolute aantal verzekerden in 2006 licht is gestegen, stijgt het aantal Amerikanen zonder ziektekostenverzekering harder. Volgens de laatste officiële telling van het Censusbureau was in 2006 15,8% onverzekerd: 47 miljoen Amerikanen, waarvan 8,7 miljoen kinderen.¹²⁷ Ter vergelijking: in Nederland waren volgens het CBS op 1 mei 2006 241 000 personen (1,5%) niet verzekerd. Van de overige Amerikanen is 27,0% verzekerd via een federaal programma als Medicare of Medicaid, en heeft 67,9% een private verzekering. Hiervan zijn 59,7% verzekerd via de werkgever en 9,1% heeft een individuele zorgverzekering afgesloten. Ondanks het hoge aantal

¹²⁶ E. Docteur, H. Suppanz en J. Woo, 2003, ‘The us Health System: an Assessment and Prospective Directions for Reform’, *OECD Economics Departement Working Paper*, nr. 350. En verder: Committee on Quality of Health Care in America, *To Err is Human: Building a Safer Health System*, Washington: National Academy Press en Committee on Quality of Health Care in America 2000, *Crossing the quality chasm: a new health system for the 21st century*, Washington: National Academy Press 2001.

onverzekerden, gaf de VS in 2004 15,3% van het BNP uit aan zorg, meer dan enig ander OESO land.¹²⁸ In 2005 werd de grens van 2 biljoen dollar overschreden. Daarmee is de gezondheidszorg, net als in Nederland, één van de belangrijkste economische sectoren en bovendien één met groeipotentie. Amerikanen geven meer uit aan zorg dan in menig ander land gebeurt. Op indicatoren rond resultaat, kwaliteit, toegang, efficiency en rechtvaardigheid scoort het Amerikaanse systeem slechter dan andere OESO landen.

De tweedeling in de maatschappij is eveneens zichtbaar binnen de ziekenhuiswereld. De elitaire ‘for profit’-ziekenhuizen zijn in de regel financieel sterk, terwijl de algemene ziekenhuizen in de demografisch armere gebieden zwak zijn. De laatste hebben sterk te lijden onder hoge zorgkosten voor onverzekerden, zorg die zij geacht worden te verlenen. Deze kosten worden slechts gedeeltelijk gecompenseerd door de overheid op basis van algemene demografische gegevens. Giften van liefdadigheidsinstellingen zijn voor de algemene ‘not for profit’-ziekenhuizen van groot belang om te overleven. De Amerikaanse geldmarkt (aandelen en obligaties) richt zich uitsluitend op de ‘for profit’-sector, waardoor deze zich goedkoper kan financieren dan de ‘not for profit’-sector. Via de kapitaalmarkt komen grote ketens van ziekenhuizen tot stand. Zowel Tenet Healthcare Corporation (‘Tenet’) als Beverly Enterprises Incorporated (‘Beverly Enterprises’) zijn beursgenoteerde zorgaanbieders in de Verenigde Staten (‘VS’) van significante grootte. Tenet bezit 64 algemene ziekenhuizen. Beverly Enterprises begeeft zich op de markt van de verzorging- en verpleeghuizen met maar liefst 351 zorginstellingen. De omzet van beide bedroeg voor Tenet 8,7 miljard dollar in 2005 en voor Beverly Enterprises in 2004 1,2 miljard dollar.

3.2 *Bescherming van de zorg tegen het aandeelhouderskapitaal*

3.2.1 PRIVATE EQUITY EN HEDGE FUNDS IN DE ZORG

Aandeelhouderskapitaal vergroot het investeringsbereik van zorginstellingen.¹²⁹ De keerzijde is dat kapitaal toegang krijgt tot de zorg, waar zij tot nu toe niet bij machte waren door te dringen. De kapitaalverschaffer kan andere belangen hebben dan rendement op de aandelen, namelijk afzetmogelijkheden voor haar apparatuur of medicijnen, het verkrijgen van know how enz. Er is geen beperking op de motieven voor aandeelhouderschap. Bij angst

¹²⁷ US Census Bureau, *Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States*: 2006 report. August 2007.

¹²⁸ OESO-cijfers 2006.

¹²⁹ *Kamerstukken II* 2004/05, 27 659, nr. 52, bijlage p. 30.

voor het weglekken van publiek geld en het prijsgeven van sturing aan de zorg denkt men verder aan deelname of zeggenschap van private equity en hedge funds in de zorg met niet-maatschappelijk georiënteerde belangen.

3.2.1.1 Private equity

De term ‘private equity’ wordt gebruikt voor investeringen in niet-beursgenoteerde ondernemingen. Private equity omvat zowel investeringen in jonge, snel groeiende bedrijven – ook wel aangeduid als venture capital – als investeringen in volwassen bedrijven. Ook in de zorgsector maakt private equity zijn intrede. Zorg is de grootste economische sector van Nederland. De demografische omstandigheden zorgen voor gegarandeerde groei van de markt. Dat biedt eveneens mogelijkheden voor efficiencyverbetering en een bestaande behoefte aan kapitaal. Aantrekkelijke eigenschappen voor private equity-investeerders.

Private equity-investeerders zijn in Nederland bijvoorbeeld al actief binnen zorggerelateerde sectoren als de farmacie en de kinderopvang. Het eerste Nederlandse voorbeeld wat ziekenhuizen betreft is het Slotervaart Ziekenhuis, overgenomen door participatiemaatschappij Meromi Holding BV. In ruil voor zeggenschap en het voldoen van een torenhoge belasting-schuld bezit Meromi een ziekenhuis. Private equity-fonds Navitas Capital participeert sinds 2007 onder andere in een van de grootste Duitse aanbieders van verpleeghuiszorg. Curanum heeft 62 verpleeghuizen met in totaal 7200 plaatsen. Sinds 2006 heeft Navitas een belang in de marktleidende apotheekketen OPG. Ook is het fonds eigenaar van marktleider Kinderopvang Nederland BV, waaronder organisaties zoals SKON en Partou vallen.¹³⁰ Waterland Private Equity heeft een leidende positie verworven in de Belgische sector van de rust- en verzorgingshuizen en is actief in België, Nederland en Duitsland.

Een op de vijf zorginstellingen draait verlies volgens onderzoeken van PricewaterhouseCoopers.¹³¹ Instituties als het Waarborgfonds voor de Zorgsector waarschuwen voor de zwakke financiële positie van sommige ziekenhuizen. Een partnerschap met een private equity-maatschappij kan voor het bestuur van een zorginstelling een stap in de richting van stijgende omzetten, efficiëntere zorg en zwarte cijfers onder de streep betekenen. En een dergelijke samenwerking zou de kwaliteit van de zorg alleen maar ten

¹³⁰ *ZorgVisie* 1 november 2007, nr. 11, jaargang 37, ‘Rijp voor equity’.

¹³¹ Samengestelde top-100 van grootste zorginstellingen door PricewaterhouseCoopers, zie <www.pwc.com/extweb/industry.nsf/docid/536FD79632BFD1B38025714000358386>.

goede komen. De ondersteuning van een samenwerking tussen ziekenhuizen onderling zou eveneens vruchten kunnen plukken van de ondersteuning door een private equity-investeerder.

3.2.1.2 Hedge funds

Er is veel te doen geweest en nog steeds om activistische aandeelhouders. Steeds vaker worden Nederlandse ondernemingen genoteerd aan de Amsterdamse beurs geconfronteerd met hedge funds, private equity-investeerders en andere (groot)aandeelhouders die al dan niet met open brieven eisen stellen aan het bestuur van deze ondernemingen. Niet zelden leidt dit tot onrust onder beleggers. Koersen reageren heftig, ondernemingen voelen de druk om te veranderen en andere aandeelhouders zien zich in aanloop naar de aandeelhoudersvergadering gedwongen ook positie te kiezen. Anders dan bij hedge funds het geval pleegt te zijn, nemen private equity-investeerders juist een belang voor de lange termijn. Hedge funds en private equity-investeerders hebben in die zin vaak tegenovergestelde belangen.

‘Hedge funds’ is een verzamelbegrip voor diverse soorten beleggingsfondsen die streven naar een zo hoog mogelijk absoluut rendement. Een belangrijk kenmerk van hedge funds is verder dat het rendement veelal weinig samenhang vertoont met de economische conjunctuur of de beweging van een onderliggende deelmarkt. Daarnaast gebruiken hedge funds bij de invulling van het beleggingsbeleid andere instrumenten en technieken. Zo kan een hedge fund bijvoorbeeld short gaan (het verkopen van effecten zonder deze in bezit te hebben) en kan het gebruikmaken van *leverage* door kapitaal te lenen. Daarbij gebruiken hedge funds veelvuldig derivaten, zoals opties en termijncontracten. Er zijn vele soorten hedge funds, met verschillende soorten beleggingsstrategieën, doelstellingen en risicoprofielen.¹³²

Het toezicht op aandeelhouders zoals hedgefondsen is in Nederland geregeld in de Wet financieel toezicht (Wft).¹³³ Op 1 januari 2007 is de Wft in werking getreden. In hoofdstuk 5.3. Wft zijn de regels voor het melden van stemmen, kapitaal, zeggenschap en kapitaalbelang in uitgevende instellingen opgenomen. Ook het daarop gebaseerde Besluit melding zeggenschap en kapitaalbelang in uitgevende instellingen is op 1 januari 2007 in werking getreden. De Wft is gebaseerd op de gefaseerde (op 1 oktober en 1 novem-

¹³² Autoriteit Financiële Markten, *Hedge Funds: een verkennende analyse*, augustus 2005. Zie ook de G.T.J.M. Raaijmakers, *Achter de schermen van beursaandeelhouders*, preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’ 2007, Deventer: Kluwer 2007, p. 1-72, m.n. p. 24-28.

¹³³ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 985, nr. 1 e.v.

ber 2006) in werking getreden Wet melding zeggenschap en kapitaalbelang in effectenuitgevende instellingen (Wmz 2006). Bij de inwerkingtreding van de Wft is de Wmz 2006 ingetrokken.

Het toezicht heeft tot effect dat aandeelhouders, dus ook hedge funds, een bezit van meer dan vijf procent moeten melden en ook samenwerking tussen aandeelhouders moet gemeld worden. Daarnaast is marktmisbruik verboden. Hieronder vallen marktmanipulatie, handelen met voorwetenschap en het doorgeven van niet-openbare koersgevoelige informatie. De meldingsplicht heeft betrekking op naamloze vennootschappen, die zijn opgericht naar Nederlands recht, en waarvan de aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt of op rechtspersonen die zijn opgericht naar het recht van een staat die niet een EU-lidstaat is, en waarvan de aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt in Nederland.

3.2.2 BESCHERMINGSCONSTRUCTIES

Voor niet-beursgenoteerde vennootschappen zijn er klassieke beschermingsconstructies tegen al te veel aandeelhoudersinvloed (van private equity) denkbaar, zoals statutaire kwaliteitseisen voor aandeelhouders, stemrechtbeperkingen, prioriteitsaandelen, certificering en het (vrijwillig) structuurregime. Ondanks de nieuwe regelgeving – voortvloeiende uit de ‘Overname-richtlijn’ (Richtlijn 2004/25/EG) resteren er voor beursvennootschappen nog de nodige mogelijkheden om vijandige overnames tegen te gaan of aandeelhoudersinvloed te beperken. Relevant zouden kunnen zijn de volgende mogelijkheden:

- het (vrijwillig) structuurregime
- toekennen rechten aan andere organen dan AVA
- stemrechtbeperkingen op aandelen
- overdrachtsverplichtingen aandelenbezit boven bepaald percentage
- prioriteitsaandelen (gouden aandeel).

Andere mogelijke beschermingsconstructies zijn voor ons doel minder relevant, aangezien het in de eerste plaats moet gaan om bescherming die door de minister kan worden voorgeschreven.¹³⁴ Aan de toelating kunnen in het kader van de health care governance eisen worden gesteld aan de statuten van de zorginstellingen. Ter bescherming van het maatschappelijke karakter van de zorg, van de ‘maatschappelijke onderneming’, zouden die kunnen

¹³⁴ Zie voor het overige M.P. Nieuwe Weme en G. van Solinge, ‘Beschermingsmaatregelen tegen vijandige biedingen: beperkingen en nieuwe mogelijkheden’, *Ondernemingsrecht* 2006, 66, afl. 6, p. 211-220.

DEEL I

zijn gericht op het afschermen van aandeelhoudersinvloed. De vraag is of men dergelijke bescherming aan zelfregulering bijvoorbeeld via de *Zorgbrede Governance Code* kan of moet overlaten. Een negatieve reden zou zijn, dat daarmee een marktverdelingregeling in het leven zou worden geroepen (uitsluiten van toetreden), hetgeen in strijd is met art. 6 Mededingingswet.

3.2.2.1 Kwaliteitseisen

Voor besloten vennootschappen zouden kwaliteitseisen denkbaar zijn dat de aandeelhouders geen belangen zouden mogen hebben in zorginstellingen anders dan door directe of indirecte betrokkenheid als hulpverlener. Men zou denken aan negatieve kwaliteitseisen voor categorieën als farmaceutische bedrijven, leveranciers van medische apparatuur en verhuurders van het vastgoed van de zorginstelling. De houdbaarheid van dergelijke eisen bij een algemene regeling, anders dan bij vrijwillige keuze, lijkt ons nog geen gegeven. Met name niet, omdat art. 11 t/m 13 Zvw toestaan dat de zorgaanbieders in dienst zijn van de zorgverzekeraar. De (winstgedreven) zorgverzekeraar moet daarom kunnen optreden als aandeelhouder van zorginstellingen. Als nu de financier van de complete zorg een belang mag hebben in de zorginstelling, dan lijkt ons slecht verdedigbaar dat een partij met een kleiner belang bij de uitkomst van de exploitatie dat überhaupt niet zou mogen. Als deelname niet kan of bij voorkeur ook niet moet worden uitgesloten, kan nog wel de invloed van de aandeelhouder op het beleid worden beperkt.

3.2.2.2 Structuurregime en toegekende rechten aan andere organen

De regeling van het interne toezicht volgens de lijnen van het wetsontwerp van de maatschappelijke onderneming zou zich in beginsel wel lenen voor een proportionele regeling. De statutaire en wettelijke doorbraakregeling gelden niet bij structuurvennootschappen.¹³⁵ Het aannemen van het structuurregime is daardoor een ideale beschermingsconstructie voor de zorginstelling, temeer daar bij een statutaire verankering van het maatschappelijke doel van de zorg in het vennootschappelijke belang, het toezicht op het 'belang van de vennootschap' tegenwicht kan bieden tegen eenzijdige belangen van aandeelhouders. Niet alle ziekenhuizen zullen bij omzetting naar een NV of BV direct onder het verplichte structuurregime vallen. De solvabiliteit kan daarvoor te laag zijn (art. 2:153/263 lid 2 BW) en de driejaars periode moet worden doorlopen (art. 2:154/264 lid 1 BW). Dan kunnen zij

¹³⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 419, nr. 3. p. 45.

niettemin het structuurregime vrijwillig aannemen en de toelating (de beleidsregels van art. 4 WTZi) zou dit kunnen verlangen. Bij een aandelenemissie op de AEX van enige omvang zal men boven de drempel van art. 2:153 lid 2 BW uitkomen en na drie jaren verplicht onder het verplichte structuurregime vallen. Om geen uitzondering op het structuurregime te maken voor ziekenhuizen zou de wetgever geen bijzondere rechten en plichten ten aanzien van het toezichthoudend orgaan moeten stellen die conflicteren met de structuurregeling. De ontslagregeling van art. 2:161a/271a BW legt – na opzeggen van het vertrouwen in de raad door een meerderheidsbesluit van de vergadering van aandeelhouders – de beslissing over de benoeming van nieuwe commissarissen bij de Ondernemingskamer. Deze zal bij benoeming uiteraard oog hebben voor de maatschappelijke belangen van de zorg als deze in de statuten zijn verankerd.

3.2.2.3 Stemrechtbeperkingen en overdrachtsverplichtingen

Het belang dat de vennootschap heeft om risicodragend kapitaal aan te trekken op de kapitaalmarkt, brengt niet vanzelfsprekend met zich dat zij zich overlevert aan zeggenschap van singuliere aandeelhouders via het aandelenkapitaal. Juist als de bedoeling is via een wijd en verspreid aandelenuitgifte kapitaal aan te trekken met het oog op een doelstelling in de zorg, mag men zich redelijkerwijs beschermen tegen concentratie van aandelen in één hand. Statutaire stemrechtbeperkingen (art. 2:118 lid 4 BW) en eventuele overdrachtsverplichtingen boven een bepaalde drempel zijn daartegen een effectief middel. De vennootschap met sociaal oogmerk in België kent een dergelijke beperking van het stemrecht tot 10% van de stemmen verbonden aan het geplaatste kapitaal (art. 661 onder 4 Wet op de Vennootschappen). Dat lijkt ons een redelijk percentage (stelt in staat een enquête te verzoeken bij de Ondernemingskamer; art. 2:346 BW). Het lijkt ons daarna (in combinatie met het structuurregime) niet nodig om zoals in België de winstuitkeringen te maximeren, want dat zou de aandelen wel eens te weinig aantrekkelijk kunnen maken, terwijl met beperkte zeggenschap rendementswaarde het enige is dat het aandeel interessant maakt. Het gebrek aan succes van de Belgische vennootschap met sociaal oogmerk, ware niet te kopiëren.¹³⁶ Kiest de zorginstelling voor een besloten vennootschap, dan loopt deze in beginsel niet het risico van een vijandige overname op de aandelenmarkt, zodat dergelijke stemrechtbeperkingen niet nodig zijn om niet beoogde zeggenschap af te schermen. Dan zijn wel prioriteitsaandelen te overwegen ter bescherming van de continuïteit en/of het maatschappelijk belang.

¹³⁶ A.C.W. Pijls, 'De Belgische Vennootschap met Sociaal Oogmerk', *Ondernemingsrecht* 2007, 181, afl. 16, p. 607-611, m.n. p. 608.

3.2.2.4 Gouden aandeel

Voorstelbaar is dat de zorginstelling, met name als men voor de besloten vennootschap kiest en er een belang is met slechts één of enkele aandeelhouders zaken te doen, wil kiezen voor een ‘gouden aandeel’ met specifieke zeggenschapsrechten (veto) ten aanzien van strategische beslissingen. AFC Ajax bezit niet alleen 73 procent van de aandelen op de AEX, maar heeft ‘een gouden aandeel’, dat de club vetorecht geeft over acht essentiële punten van beleid. Externe aandeelhouders kunnen daarmee nooit de uiteindelijke zeggenschap over de club uitoefenen. Met prioriteitsaandelen kunnen belangrijke strategische, maar ook beslissingen die direct de kwaliteit van het primaire zorgproces zouden raken aan goedkeuring door een stichting met exclusieve zorgdoelstellingen worden onderworpen.

Een stap te ver lijkt ons overigens een gouden aandeel voor de Staat in zorgvennootschappen ter bescherming van de eigen zorginfrastructuur. Het is – mede gelet op het voorgaande – niet nodig en lijkt op voorhand in strijd met art. 1, Eerste Protocol bij het EVRM – het recht op eigendom – al was het maar omdat de Minister van VWS ook minder vergaande voorschriften ten dienste staan op grond van de WTZi. De jurisprudentie van het Hof in Luxemburg biedt bovendien weinig ruimte voor het houden van prioriteitsaandelen door een overheid. Met betrekking tot het vrij kapitaalverkeer en de vrije vestiging beoordeelt het Hof primair of het prioriteitsaandeel een inbreuk vormt op deze vrijheden. Als daarvan sprake is, kan die inbreuk gerechtvaardigd zijn. Het Hof noemt daarvoor een aantal criteria. Allereerst moet het aandeel een helder publiek belang dienen. Daarnaast wordt onder meer getoetst op de beschikbaarheid van andere instrumenten, proportionaliteit, een helder kader waaraan bij uitoefening wordt getoetst en de mogelijkheid voor de onderneming om in beroep te gaan.¹³⁷ In de zaak Nederland – TNT NV oordeelde het hof dat nationale overheden niet onbeperkt macht binnen geprivatiseerde bedrijven mogen houden. De regelingen zijn alleen toegestaan indien ze het ‘algemeen belang’ dienen. Naar inzicht van de Commissie was de TNT-constructie in strijd met de bepalingen over vrij verkeer van kapitaal.¹³⁸ Het gouden aandeel in TNT NV diende allereerst ter bescherming van het financiële belang van de Staat in de onderneming. Ten

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 165, nr. 1-2, niet-dossierstuk fin0200061. Zie ook een eerdere brief, niet-dossierstuk vw00000681 (9 juni 2000) en *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 1-6.

¹³⁸ Het advies van advocaat-generaal Poiares Maduro d.d. 6 april 2006 in de gevoegde zaken C-282/04 en C-283/04 is na te lezen op de website van Europees Hof van Justitie <www.curia.europa.eu/>.

tweede bood het aandeel de Staat invloed op de onderneming met als doel te voorkomen dat de onderneming in een situatie van financiële instabiliteit zou komen, waardoor de continuïteit van de uitvoerder van de Universele Dienst (UD) in gevaar zou kunnen komen. De invloed van de Staat was echter beperkt tot een aantal specifieke rechten en plichten. Deze rechten en plichten verstreken de Staat onder meer bevoegdheden om bepaalde ingrijpende besluiten van de vennootschap vooraf te beoordelen, waarmee zowel de uitvoering van de UD als de borging van het financiële belang kon zijn gediend.¹³⁹ Het hof was niet overtuigd en verbood de constructie. Het denken over het gouden aandeel met als doel strategische sectoren te beschermen tegen ongewenste buitenlandse overnames heeft intussen niet stilgestaan. Eurocommissaris Peter Mandelson, ooit vervrent tegenstander van het gouden aandeel, oppert nu dat sommige staatsfondsen maar beter niet in buitenlandse handen kunnen komen. Omdat dat ook zal gelden voor niet staatsbedrijven die over strategische kennis beschikken, pleit hij daarmee in feite voor de herintroductie van het gouden aandeel. Of het zover zal komen dient te worden afgewacht. Een gouden aandeel voor de Staat, waardoor invloed kan worden uitgeoefend op de zorgonderneming met als doel te voorkomen dat deze in een situatie van financiële instabiliteit zou komen, waardoor de continuïteit van de uitvoering van de zorg in gevaar zou kunnen komen, lijkt op voorhand niettemin toch niet te zijn toegestaan vanwege mogelijke strijd met art. 1, Eerste Protocol bij het EVRM, maar ook met art. 56 EG en het proportionaliteitsbeginsel.

Mogelijke beperking aan het stellen van de voorwaarde van een gouden aandeel door de Staat aan de WTZi-toelating, waardoor invloed kan worden uitgeoefend op de zorgonderneming met als doel te voorkomen dat deze in een situatie van financiële instabiliteit zou komen, waardoor de continuïteit van de uitvoering van de zorg in gevaar zou kunnen komen, is de strijdigheid met art. 56 EG, het vrij verkeer van kapitaal.

3.2.3 RECHTMATIGHEID BESCHERMINGSCONSTRUCTIES

Als de overheid verplicht beschermingsconstructies oplegt, kan dat een belemmering van het vrije verkeer van kapitaal opleveren. Bij stemrechtbeperkingen wordt ten minste de verhandelbaarheid beperkt. Onlangs heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bij tussenuitspraak een aantal fundamentele Europeesrechtelijke vragen op het gebied van de verrijking van (commerciële) woningbouwactiviteiten door woningcorporaties

¹³⁹ Voor een overzicht van de rechten die verbonden zijn aan het bijzonder aandeel lees *Kamerstukken II 2005/06, 27 638, nr. 5.*

voorgelegd aan het Hof van Justitie van de EG.¹⁴⁰ Deze hebben onder andere betrekking op het vraagstuk van de beperking van het vrije kapitaalverkeer, op de (financiering van) diensten van algemeen economisch belang en de daaraan gerelateerde staatssteun-vraagstukken. De Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State ('Afdeling') heeft in hoger beroep uitspraak gedaan over een bezwaar van een woningcorporatie tegen de afwijzende beslissing van het Ministerie van VROM om de corporatie een zogenaamde experimenteerstatus (art. 120a Woningwet) te verlenen.

Alhoewel het woningcorporaties betreft, illustreert de Afdeling op heldere wijze op welke wijze het begrip beperking van vrij verkeer van kapitaal onder andere kan worden geïnterpreteerd. Aangezien het hof zich in dat verband nog niet eerder heeft uitgesproken over de problematiek van de volkshuisvesting, stelt de Afdeling zich daarbij de vraag of er sprake is van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal als bedoeld in art. 56 EG, indien zonder voorafgaande toestemming van de Minister van VWS geen grensoverschrijdende activiteiten mogen worden verricht door een onderneming die ingevolge de wet is toegelaten tot de behartiging van het belang van de volkshuisvesting van Nederland, die daartoe een beroep kan doen op publieke middelen, die ingevolge de wet uitsluitend in dat belang werkzaam mag zijn en die haar werkterrein in beginsel binnen Nederland heeft? Aangenomen dat deze vraag bevestigend wordt beantwoord, stelt de Afdeling de volgende vraag. Kan de Minister van VWS wellicht een beroep doen op een exceptie op grond waarvan die voorwaarde geoorloofd zou kunnen zijn?

Met verwijzing naar de arresten Trummer en Konle, waarin het Hof een beroep op de rule of reason bij het vrij verkeer van kapitaal van art. 56 EG heeft erkend – daar ging het om 'de zekerheid en de doorzichtigheid van het hypothecaire stelsel' respectievelijk 'de ruimtelijke ordening' – komt de Afdeling wat de volkshuisvesting aangaat tot het standpunt dat het niet onwaarschijnlijk is, dat dat belang als dwingende reden van algemeen belang kan worden aangemerkt.¹⁴¹ In vergelijking met de gezondheidszorg, lijkt het ons niet onwaarschijnlijk dat de onafhankelijkheid van de gezondheidszorg als een in de rechtspraak van het Hof erkende dwingende reden van algemeen belang kan worden aangemerkt. Een aanwijzing vinden wij in het arrest Smits en Peerbooms.¹⁴² Dit arrest heeft betrekking op een beperking

¹⁴⁰ ABRvS 17 december 2007, <www.raadvanstate.nl>, zaaknr. 200604981/1.

¹⁴¹ HvJ EG 16 maart 1999, zaak C-222/97 (*Trummer*), *Jur.* 1999, I-1661.

¹⁴² HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-157/99 (*Smits en Peerbooms*), *Jur.* 2001, I-5473.

van het vrij dienstenverkeer in de vorm van een voorafgaande toestemming door ziekenfondsen in het kader van de grensoverschrijdende medische zorg. Daarin heeft het Hof erkend dat het belang van de financiële stabiliteit van het sociale zekerheidsstelsel belemmeringen op het vrij dienstenverkeer in de vorm van voorafgaande toestemming kan rechtvaardigen voor wat betreft medische verzorging in een ziekenhuis.

Mogelijk dat er per 1 januari 2009 meer ruimte voor de lidstaten ontstaat voor zogenoemde ‘diensten van algemeen belang’ met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.¹⁴³ ‘We blijven de baas over onze eigen voorzieningen’, luidde de toelichting van minister-president Balkenende. ‘Gezondheidszorg, pensioenen, woningbouwcorporaties: dat zijn diensten van algemeen belang waar niet Europese, maar nationale besluitvorming over blijft bestaan.’ Een mede door de inzet van Nederland toe te voegen Protocol over diensten van algemeen belang dat bij het Verdrag van Lissabon is opgenomen. De Minister van Financiën gaf aan dat het protocol de gewenste verduidelijking zal brengen over de verhouding tussen de regels van de interne markt en de manier waarop de lidstaten hun publieke voorzieningen kunnen regelen zonder dat zij met EU-regels in strijd komen. Als voorbeeld noemt de Minister van Financiën niet meer de zorgverlening als zodanig, maar wel de ziektekostenverzekering.¹⁴⁴

3.2.4 DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG

In een recent artikel heeft Sauter onderzocht of de gezondheidszorg gebracht kan worden onder het begrip ‘dienst van algemeen economisch belang’ (art. 86 lid 2 EG).¹⁴⁵ Het te beschermen algemeen belang wordt dan gezien en beoordeeld in het licht van de omstandigheid dat ziekenhuizen mogelijk zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang.¹⁴⁶ Een beroep op de exceptie van diensten van algemeen economisch belang vereist allereerst een constitutieve overheidshandeling om de zorg tot een dergelijke dienst te maken. Wij veronderstellen dat het huidige toelatingsstelsel van de WTZi als zodanig niet kwalificeert.

¹⁴³ *Publicatieblad* 17 december, 2007/C 306/01 en <europapoort.eerstekamer.nl/9345000/1/j9vvy6i0ydh7th/vgbwr4k8ocw2/f=/vhqggz6cbhrc.pdf>.

¹⁴⁴ Vergelijk *Kamerstukken II* 2007/08, 22 112, nr. 602.

¹⁴⁵ W. Sauter, ‘Diensten van algemeen economische belang en universele dienstverlening in de gezondheidszorg’, in *Markt & Mededinging* 2008, afl. 1, p. 12.

¹⁴⁶ Zie ook B. Hessel, ‘Vijftien prejudiciële vragen in de zaak Sint Servatius’, *BR* 2008, afl. 2, p. 83-93.

Nu de wetgever de marktwerking in de zorg juist ruim baan tracht te geven en – zoals geschetst – heeft ingezet op concurrentie, lijkt het vooral aan de periferie van het zorgstelsel te zijn, althans voor de cure, waar door aanwijzing van diensten van algemeen economisch belang de marktwerking Europeesrechtelijk weer zou kunnen worden uitgeschakeld.¹⁴⁷ Er zou daarmee een strikte tweedeling in de zorg ontstaan tussen het deel waar het ondernemerschap de ruimte krijgt en dat deel dat aan de marktwerking onttrokken wordt in het algemeen belang. Dat kan voor het ondernemerschap in het overblijvende deel ook bevrijdend werken, want bij de aangewezen diensten behoort een afzonderlijke financiering.

3.3 *Full service concept in de zorgmarkt*

3.3.1 AANLEIDING EN MOGELIJKHEDEN

Met ingang van 1 januari 2008 is het bouwregime voor ziekenhuizen (de instellingen voor medische-specialistische zorg, met uitzondering van de psychiatrische ziekenhuizen) afgeschaft.¹⁴⁸ Met ingang van 1 januari 2009 wordt een systeem ingevoerd van integrale tarieven. Voorheen liepen ziekenhuizen geen risico over hun investeringen. Om te zorgen dat ziekenhuizen hun investeringen meer en meer zullen gaan afstemmen op de behoeften van cliënten, krijgen ze vanaf 1 januari 2009 de met de investeringen samenhangende kapitaallasten niet meer afzonderlijk via het budget vergoed, maar als onderdeel van de (integrale) prijs per geleverde prestatie. De kapitaallasten zullen dan gedekt moeten worden uit de integrale tarieven/prijzen die de zorginstelling (via de zorgverzekeraars) in rekening brengt.

Dat betekent dat de Cure-sector (ziekenhuizen) per 1 januari 2008 en de Care-sector (verpleeg- en verzorgingshuizen enz.) per 1 januari 2009 integraal verantwoordelijk worden voor het vastgoed, en het belang van een test-case voor nieuwe bouwinitiatieven toeneemt. Gelet op de grote investeringen die met huisvesting gepaard gaan, ligt het voor de hand om langetermijnrisico's op vastgoed te verminderen door samen te werken. PPS (publiek-private samenwerking¹⁴⁹), of beter gezegd het 'full service con-

¹⁴⁷ Sauter, 2008, a.w., p. 11, noemt de spoedeisende ziekenhuiszorg en bijvoorbeeld zorg voor meervoudig gehandicapten. De voorziene ziekenhuisbekostiging met maatstafconcurrentie kan op de aangewezen vormen van zorg dan niet van toepassing zijn.

¹⁴⁸ *Stb.* 2007, 461.

¹⁴⁹ De term PPS is verwarrend, aangezien zorginstellingen zoals ziekenhuizen, verzorging- en verpleeghuizen enz. private partijen zijn die een publieke taak vervullen.

cept',¹⁵⁰ is een samenwerkingsverband, waarbij een aantal partijen op basis van een heldere taak en risicoverdeling gezamenlijk een project realiseren. Het uitgangspunt van een zuivere PPS is een samenwerkingsverband tussen de publieke en de private sector, gebaseerd op de expertise van de afzonderlijke partners, waarbij optimaal tegemoet wordt gekomen aan een expliciet omschreven publieke behoefte door het gericht toewijzen van middelen, risico's en beloningen. De bakermat voor de PPS in de zorg ligt in het Verenigd Koninkrijk en Australië. Het Verenigd Koninkrijk hanteert PFI (Private Finance Initiative) dat vooral gericht is op de beschikbaarheid van infrastructuur, maar met een optie om ook andere niet zorggerelateerde diensten onder dit systeem te brengen. Australië hanteert het BOOT-model (Build, Own, Operate, Transfer) voor de beschikbaarheid van faciliteiten en alle diensten met inbegrip van de zorg.¹⁵¹

3.3.1.1 Contractvormen

Partijen kunnen hun onderlinge samenwerking op verschillende wijzen vormgeven, zoals de joint venture, samenwerkingsovereenkomsten, maar ook door in de zorg nog niet optimaal benutte 'Design Build Finance (and) Maintain and Operate' contracten ('DMFO-contracten'). Het full service concept voor de bouw van ziekenhuizen en andere zorgaanbieders sluit naar onze mening het beste aan bij een zogenaamd Design, Build, Finance en Maintain en/of Operate contract ('DBFM(O)-contract'). Dat is vooral aantrekkelijk voor de zorginstelling die een bouwproject van plan is te gaan realiseren. Daarbij besteedt zij het ontwerp, de bouw, de financiering, het beheer van het gebouw en de facilitaire diensten in één pakket aan op de markt. De zorginstelling krijgt hierdoor in de toekomst te maken met één private partij voor alle huisvestingsaangelegenheden inclusief facilitaire diensten. Deze ene partij is bij voorkeur ook verantwoordelijk voor de afstemming tussen het ontwerp, de bouw, de financiering, het onderhoud en beheer van het gebouw en de facilitaire dienstverlening. Ruwweg ontstaat uiteindelijk een taakverdeling binnen de samenwerking tussen zorginstelling en private partij, waarbij de zorginstelling verantwoordelijk is voor klinische diensten en de private partij voor niet-klinische diensten. De verantwoorde-

¹⁵⁰ Zoals ook als term wordt geïntroduceerd in het rapport *Publiek-private samenwerking in de zorg*, oktober 2002 door het kenniscentrum PPS van de Europese Unie. Een andere term die wel wordt gebruikt is het *Living Building Concept* (LBC), zie ZM 5/2007. Bij het LBC geldt als uitgangspunt dat de bouwsector kan functioneren als de gewone consumentenmarkt. De aanbieder biedt de oplossing.

¹⁵¹ College bouw ziekenhuisvoorzieningen, brief aan de Minister van VWS d.d. 5 juli 2004, *Publiek private samenwerking*.



DEEL I

lijkheid voor de aansturing van de zorg blijft in handen van de zorginstelling, de overige verantwoordelijkheid wordt in handen gelegd van de private partij. Die eerste krijgt daardoor ook de mogelijkheid zich volledig op de zorgverlening te richten.

Design, Build, Finance en Maintain and Operate-projecten zijn oorspronkelijk publiek-private samenwerkingen waarbij een overheidsinstelling het ontwerp, de realisatie, financiering, beheer en onderhoud en vaak ook de facilitaire dienstverlening van een project langdurig bij een privaat consortium onderbrengt. Voorbeelden van dergelijke overheidsprojecten zijn de A59 (het versneld uitbouwen van verbindingstuk bestaande rijksweg om daarmee een (gevaarlijk) knelpunt op te lossen), de N31 (renovatie, uitbouw inclusief extra beveiliging in bestaande rijksweg) en de HSL Zuid. Voor een zorginstelling zal het uiteindelijk van een beleidsmatige en ook financiële afweging afhangen of ook het gedeelte dat hoort bij 'Operate' in opdracht uit zal worden gegeven.

| Bouw-organisatievorm | Fase | Ontwikkeling | | | Beheer | | | |
|---|------|--------------|---------------|------------|----------------|---------------|-----------------|--|
| | | Definitie | Ontwerp | Realisatie | Instandhouding | Fac. diensten | Ver- en aanbouw | |
| Traditioneel | | | A | B | C | D | E | Ontwerp, uitvoering, onderhoud en facilitaire diensten worden apart naast elkaar geconcentreerd |
| Bouwteam | | | A | B | C | D | E | Traditionele contractering waarbij aannemer uitvoeringskennis in het ontwerp inbrengt |
| Design & Build (D&B) | | | A + B | | C | D | E | Geïntegreerde contractering waarbij ontwerp en uitvoering bij één partij liggen |
| Design Build Maintain (DBM) | | | A + B + C | | | D | E | Geïntegreerde contractering waarbij naast ontwerp en uitvoering, het onderhoud bij één partij liggen |
| Design Build Maintain & Finance (DBFM) | | | A + B + C | | | D | E | Geïntegreerde contractering waarbij de marktpartij tevens voor de financiering zorgdraagt |
| Design Build Maintain Finance & Operate (DBFMO) | | | A + B + C + D | | | | E | Oplevering van een werkend gebouw waarbij gecontracteerd wordt na een concurrentiegerichte dialoog |
| Living Building Concept (LBC) | | | A + B + C + E | | | D | | Flexibiliteit (wijzigingen na oplevering) zijn meegecontracteerd |

Figuur 1: Overzicht contractvormen

| Legenda | |
|---|---|
|  | Pre-contract/dialoog |
|  | Contract |
| A, B, C, D en E | Contractpartijen ontwikkeling en beheer |

Bron: Ir. D.A.E. Christmas MMC en Ir. J.P.L.C. Dols, adviseurs bij Twynstra Gudde, 'Living Building Concept voor zorginstellingen', ZM 5/2007.

Voordelen

Voordelen van een full service concept, waarbij gebruik wordt gemaakt van een DBFMO-contract, worden vooral behaald in de optimale afstemming tussen ontwerp, bouw, financiering, onderhoud en ondersteunende diensten. Doordat één partij verantwoordelijk is, levert dat efficiëntiewinst op. Vanwege de heldere afspraken wie voor welk risico verantwoordelijk is en de kosten die samenhangen met het ongedaan maken van risico's die zich manifesteren, zullen partijen zoveel mogelijk proberen te voorkomen dat risico's zich daadwerkelijk zullen voordoen. DBFMO-contracten zijn bij voorkeur langlopende contracten. De zorginstelling heeft hierdoor langdurige zekerheid over kosten voor huisvesting en ondersteunende diensten en de private partij(en) over een vaste stroom aan inkomsten. Dat laatste is van belang voor de vraag of financiering kan worden gevonden of niet.

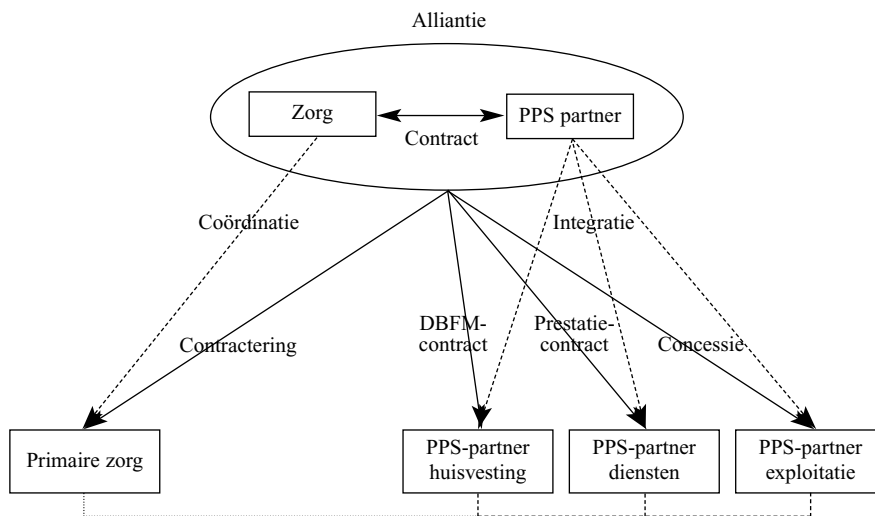
Het overdragen van niet-klinische diensten aan (een) private partij(en) geeft de zorginstelling bovendien één contract en één aanspreekpunt. Gezien het belang voor de continuïteit van de zorgverlening is het voorts van vitaal belang dat tijdig wordt opgeleverd conform de afgesproken kwaliteit. Ter voorkoming van een lagere kwaliteit van de uitbestede facilitaire diensten dan overeengekomen, kan worden bedongen dat de zorginstelling in dat geval ook minder betaalt. Een full service concept kan niet alleen binnen de muren tot efficiëntie leiden, ook eromheen kunnen additionele functies worden ontwikkeld. Te denken valt aan een zorghotel en een zorgboulevard waarin bijvoorbeeld een zelfstandig behandelcentrum, een dialysecentrum en een apotheek kunnen worden gevestigd.

Bij een DBFM(O)-contract van een zorginstelling zal de scope in ieder geval uit het ontwerp, de bouw, de financiering, het onderhoud, het beheer van het gebouw en mogelijk de facilitaire diensten bestaan. De scope van een project is afhankelijk van de visie en het beleid van de zorginstelling. De ene zorginstelling zal de catering voor patiënten op willen nemen in de scope, terwijl een andere dat liever zelf blijft doen. De scope van het project zal dus per project maar ook per zorginstelling verschillen. Bij het full service concept staat risico-allocatie centraal. De kunst is te bepalen wie die risico's zou behoren te dragen. Dat zou idealiter degene behoren te zijn die het risico het beste kan beïnvloeden en beheersen. Die verantwoordelijkheid werkt als het goed is ook als incentive om het risico ook daadwerkelijk te beheersen en de eventuele (financiële) schade zo beperkt mogelijk te houden.

3.3.1.2 Mogelijke full service structuur

Voor een zorginstelling zou een DBFM(O)-structuur er als volgt uit kunnen zien.

Een pps structuur



Bron: *Pps:de weg voorwaarts voor GHZ?*, Rotterdam 1 november 2004

De ‘PPS partner’ ofwel ‘alliantiepartner’ heeft in bovenstaande structuur als verantwoordelijkheid, het voorkomen van fouten in de afstemming tussen de verschillende PPS partners, het optimaliseren van de contracten zodanig dat de zorginstelling maximaal profiteert en tot slot het vinden van optimalisatiemogelijkheden in de organisatie van het primaire zorgproces. In de overeenkomst tussen de zorginstelling en de PPS partner of joint venture in de vorm van een rechtspersoon, dient te worden vastgelegd dat de PPS partner volledig verantwoordelijk en aansprakelijk is voor al het voornoemde. Daartoe ware ook een vrijwaring op te nemen ten behoeve van de zorginstelling voor vorderingen van de verschillende PPS partners.

De PPS partner huisvesting in bovenstaande structuur, is verantwoordelijk voor het leveren van huisvestingsdiensten, waarbij ontwerp, realisatie, financiering, beheer, onderhoud, water en elektriciteit zijn inbegrepen. Die overeenkomst ware te worden vormgegeven in een DBFM-contract met bij voorkeur een langere looptijd dan gemiddeld, bij voorkeur aan te haken bij het DBFMO-contract.

De PPS partner diensten in bovenstaande structuur, is de leverancier van de zorggerelateerde diensten die ondersteunend zijn aan het primaire zorgproces volgens een tevoren door de zorginstelling vastgestelde kwaliteit. De overeenkomst ware vorm te worden gegeven in een Service Level Agreement met een korte looptijd van bijvoorbeeld vijf jaar.

De PPS partner exploitatie in bovenstaande structuur, heeft als taak het maximaliseren van opbrengsten uit mogelijke commerciële activiteiten van de zorginstelling binnen de door deze laatste te definiëren grenzen. Ook deze overeenkomst kan vorm worden gegeven door een Service Level Agreement met een korte looptijd van bijvoorbeeld vijf jaar. De inkomsten voor de zorginstelling bestaan bijvoorbeeld uit een jaarlijks vast bedrag, inclusief een mogelijk te bedingen claw back vergoeding voor het meedelen in hogere dan vooraf verwachte winsten.

Niet alleen verpleeghuizen zijn aantrekkelijke sectoren voor toepassing van het full service concept vanuit het perspectief van bouwbehoefte en vanwege de beperkte complexiteit, ook ziekenhuizen zijn interessant vanwege de hoge investeringsomvang met bijbehorende exploitatie. Verzorgingshuizen zijn gezien de ingezette beleidslijn ñ extramuraal, wat extramuraal kan ñ weer minder aantrekkelijk.

3.3.2 BELEMMERINGEN

3.3.2.1 Algemeen

Aangezien het full service concept veelbelovend klinkt, is in Gouda bij het Groene Hart Ziekenhuis in 2004 in samenwerking met het Ministerie van Financiën, het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, de RebelGroep en Zorg Consult Nederland een pilot uitgevoerd naar PPS in de zorg.¹⁵² De uitkomsten van dat onderzoek zijn kortweg, dat PPS of het full service concept interessante mogelijkheden bieden, maar dat er belangrijke risico's en onzekerheden aan verbonden zijn die sterk afhankelijk zijn van de politieke en juridische omstandigheden. Let wel, het onderzoek dateert alweer van november 2004. Inmiddels zijn er veranderingen doorgevoerd die de uitkomst van dat onderzoek wel eens een andere zouden kunnen doen zijn. Het door de schrijvers van het rapport onderscheiden tweede scenario onderkent in die zin ook dat in dat scenario de zorgsector in hoog tempo richting meer marktwerking en afrekening op efficiency stuurt. In dat geval

¹⁵² *Pps: de weg voorwaarts voor GHZ?*, Rotterdam 1 november 2004, PO2223/WK/p03.

loont het volgens de onderzoekers om PPS of het full service concept toe te passen.

3.3.2.2 BTW

Een van de meest ingrijpende financiële obstakels voor het überhaupt willen opzetten van een full service concept, is het BTW-nadeel wat onvermijdelijk volgt uit het outsourcen van diensten aan derden. Voor de diensten van zorgen verpleeginrichtingen (cure en care) geldt op basis van de zesde BTW-richtlijn een wettelijke vrijstelling voor het heffen van BTW. Traditioneel werken zorginstellingen hoofdzakelijk met eigen personeel en besteden naast de bouw van gebouwen weinig uit. Omdat niet winst beogende (en in de toekomst ook winst beogende) zorginstellingen zijn vrijgesteld van BTW leidt uitbesteding van diensten (bijvoorbeeld in het kader van een full service concept) tot een toename van de BTW-druk. Dit wordt veroorzaakt doordat het private consortium over de personeelskosten BTW in rekening brengt, terwijl op kosten van eigen personeel van de zorginstellingen geen BTW drukt. De zorginstelling kan de in rekening gebrachte BTW dan niet terugvorderen als gevolg van de vrijstelling. Hierdoor wordt de doelmatigheidswinst van het full service concept verminderd of zelfs teniet gedaan.¹⁵³ Voor dat probleem heeft de Minister van Financiën een aantal oplossingsrichtingen voorgesteld. Daarbij neemt hij als uitgangspunt dat zorginstellingen zoveel mogelijk een eigen verantwoordelijkheid gaan dragen voor de keuzes omtrent de wijze van investeren, exploiteren en beheren. De instelling moet beslissen welke werkwijze het meest doelmatig is.

Voor de oplossing van het BTW-knelpunt bij uitbesteding in de zorg staan in beginsel verschillende oplossingsrichtingen open. Zoals het verder stimuleren van marktconforme oplossingen in de zorg en de aanpassing van BTW-regelgeving en compensatie van toename van BTW-druk (generiek of specifiek). Aan het verder stimuleren van marktconforme oplossingen in de zorg wordt reeds door de overheid gewerkt. Het oprichten van een BTW-compensatiefonds voor alle vormen van uitbesteding in de zorg ligt, anders dan in de overheidspraktijk (PPS door gemeenten en provincies¹⁵⁴), volgens de

¹⁵³ *Kamerstukken II 2004/05, 28 753, nr. 71.*

¹⁵⁴ De Wet op het BTW-compensatiefonds geeft gemeenten en provincies (en regionale openbare lichamen) recht op een bijdrage uit dit fonds ter financiering van de door hen te betalen BTW, voor zover die BTW drukt op goederen en diensten die het desbetreffende lichaam (onder meer) in het kader van zijn publieke taken bezigt. Ter (budgettair neutrale) financiering van het fonds worden gemeenten en provincies gekort op de jaarlijks door hen van het Rijk te ontvangen bijdragen uit het Gemeente- respectievelijk Provinciefonds (de belangrijkste inkomstenbron voor gemeenten en provincies).

overheid niet voor de hand, aangezien het fonds dan zou moeten worden gevoed door bijdragen van zorginstellingen die met elkaar concurreren.¹⁵⁵

Onder meer gelet op de problematiek ten aanzien van EU-regelgeving is door de overheid als eerste stap gekozen voor een pragmatische oplossing van specifieke compensatie afgebakend tot full service concepten en tot een beperkt aantal pilot-projecten. Aanmelding voor deze pilot-projecten stond en staat nog steeds open voor iedere zorginstelling. Pas als aan de hand van deze pilots meer duidelijk is over het effect van BTW en de budgettaire gevolgen voor het Rijk, zal worden gedacht aan structurele oplossingen. De Minister van Financiën denkt in dat kader aan het vergoeden van de extra BTW-uitgaven als gevolg van extra uitbesteding in het kader van het full service concept, rekening houdend met de toegenomen BTW-inkomsten voor de overheid. Om in aanmerking te komen voor compensatie zou dan moeten worden afgebakend wanneer sprake is van een belemmering door BTW bij de keuze voor een full service concept. Een ander belangrijk aandachtspunt blijft dat compensatie van de toename van BTW-druk bij zorginstellingen – of het nu een pilot of niet betreft – moet voldoen aan de Europese regelgeving voor staatssteun. Het kan niet volledig worden uitgesloten dat de compensatie staatssteunelementen bevat.

Onder de volgende voorwaarden ziet de Minister van Financiën ruimte, waarbij de uiteindelijke

beslissing tot compensatie per geval (maatwerk) zal worden beoordeeld:¹⁵⁶

- de zorginstelling moet de ruimte voor efficiencyvoordelen maximaal hebben benut;
- de businesscase inclusief BTW-compensatie moet een duidelijke positieve meerwaarde opleveren;
- de toename van BTW-druk door uitbesteding moet verstorend werken.

Naast de belemmering op het gebied van de BTW, ondervinden zorginstellingen hoge transactiekosten. Het full service concept is nieuw, dat betekent dat bij de eerste projecten de transactiekosten (kosten adviseurs e.d.) relatief hoog zullen zijn. Dit heeft effect op de efficiëntie. Naarmate er meer ervaring zal zijn opgedaan en er standaarden beschikbaar zullen worden, zullen de transactiekosten navenant dalen en zal de efficiëntie mogelijk vollediger behaald kunnen worden.

¹⁵⁵ *Kamerstukken II* 2001/02, 27 293, nr. 17.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II* 2004/05, 28 753, nr. 74 en de brief van de Minister van Financiën d.d. 6 september 2005 aan de Tweede Kamer.

Een andere grote belemmering bestaat uit het personeel, ofwel het personeel reeds in dienst bij de zorginstelling dat als gevolg van de uitbesteding van bijvoorbeeld de facilitaire diensten op grond van art. 7:662-7:666 BW mogelijk van rechtswege over zal gaan naar de full service partner, verantwoordelijk voor de uitvoering van de facilitaire diensten in het full service concept. Een dergelijke overgang van onderneming zal door de verscheidene inspraakorganen van advies dienen te worden voorzien.

Een vierde – niet geheel illusoire – belemmering kan worden gevonden in de flexibiliteit van de zorgsector. Denk aan wetswijzigingen. Een deel van die flexibiliteit kan van grote invloed zijn op de inrichting van een zorginstelling of op de exploitatie ervan. Flexibiliteit en een langdurig DBFM(O)-contract lijken daarmee te conflicteren. Om dit te voorkomen is het van belang om enige flexibiliteit in te bouwen in het full service concept. Daarvoor bestaan verschillende mogelijkheden. Ten eerste moet de opdrachtgever van te voren goed nadenken over toekomstige wensen. Ten tweede kan in de overeenkomst worden opgenomen dat de zorginstelling de gelegenheid heeft om eisen (bijvoorbeeld kwaliteitseisen) te herzien. Met het oog op een eventuele uitbreiding van de zorginstelling, is het eveneens aan te raden in de overeenkomst op te nemen dat er in dat geval ook andere partijen benaderd zullen mogen worden.

Alles overziend geen eenvoudige opgave om een full service concept ook daadwerkelijk tot stand te brengen, waarbij ook de facilitaire diensten volledig kunnen worden uitbesteed. Gezien de (on)mogelijkheden met de belangrijkste op het gebied van de BTW, lijkt het full service concept bij voorbaat al te stranden bij het DBMF-contract. Van ‘Operate’, zal het wellicht niet komen aangezien er zonder BTW-compensatie minimaal een voordeel behaald zal moeten worden op de uitbesteding van de facilitaire diensten van 19%. Als de overheid het full service concept echt mogelijk wil maken, zou een verlaagd tarief of liever gezegd geen tarief een prikkel zijn die meer voor de hand ligt in plaats van ‘maatwerk’, te meer gezien het economisch gewenste temperament op de zorgmarkt.

3.3.2.3 Ontwikkelingen anno 2008

Begin 2007 zijn de resultaten van een onderzoek naar de mogelijkheden van een full service concept bij Ziekenhuis Saxenburgh Groep bekend geworden. Hieruit blijkt dat een full service concept, in dit geval met zorghotel, meerwaarde kan opleveren bij de nieuwbouw van het ziekenhuis. Op dit moment is de Saxenburgh Groep bezig met het verder onderzoeken van de mogelijkheid om het eerste full service concept-ziekenhuis in Nederland te worden.

Doordat ziekenhuizen zelf verantwoordelijk zijn voor hun investeringsbeslissing, is de rol van het Ministerie van VWS en het Ministerie van Financiën er inmiddels één op afstand geworden. Belangrijkste rol blijft wel het wegnemen van belemmeringen door wet- en regelgeving, waarmee het Ministerie van VWS door deregulering inmiddels al wel voortgang heeft geboekt. Het Ministerie van Financiën heeft daarnaast een inventarisatie gemaakt van belemmeringen die BTW kunnen opleveren bij de toepassing van een full service concept bij specifiek ziekenhuizen en ook voorstellen gedaan om te komen tot maatwerk wat het BTW-nadeel betreft. Die voorstellen dateren echter alweer uit 2005, wat kan betekenen dat de ingezette marktwerking roet in het eten zou kunnen gooien. Men zou zich kunnen voorstellen dat marktwerking en BTW compensatie elkaar slecht verdragen. De Minister van Financiën heeft in ieder geval nog niet bekendgemaakt wat hij met de BTW en een full service concept in gedachten heeft.

3.4 *Interne verhoudingen ziekenhuis – medisch specialisten*

3.4.1 ALGEMEEN

Een belangrijk onderdeel van de gefaseerde introductie van de marktwerking speelt zich af binnen de muren van het ziekenhuis. Niet alleen op de externe zorgmarkt – in de verhouding ziekenhuispatiënt/verzekeraar – maar ook binnen de muren van het ziekenhuis is getracht een omgeving te scheppen om zo het ondernemerschap van zowel ziekenhuis als medisch specialisten te bevorderen.¹⁵⁷ De brief van de huidige Minister van VWS, *Met zorg ondernemen*,¹⁵⁸ is daarin een stap in de richting van integrale tarieven naar buiten enerzijds en interne vrije besteding van opbrengsten van een ziekenhuis voor de interne ‘zorginkoop’ (input) anderzijds.¹⁵⁹ Voor medisch specialisten heeft dit tot gevolg dat per 1 januari 2008 hun uurtarief jegens het ziekenhuis binnen bepaalde grenzen onderhandelbaar is. Buiten de muren van het ziekenhuis is het te declareren uurtarief aan de zorgverzekeraars een wettelijk vast uurtarief. De aldus ingevoerde (potentiële) concurrentie binnen de muren van het ziekenhuis is een trendbreuk.

¹⁵⁷ Zie voor een overzicht Lakerveld, ‘Actuele stand van zaken ziekenhuisbekostiging’, *Zorg & Financiering* 2007, afl. 3, p. 9-26 en Van den Ende, ‘Het ondernemende ziekenhuis van vandaag en morgen’, *TvGR* 2007, afl. 1, p. 66-76 en Van den Ende, *RZA-jubileumspecial* 2007, ‘(Rechts)verhoudingen ziekenhuis – medisch specialist, zorgverzekeraar nieuwe stijl’, p. 23-30.

¹⁵⁸ Brief van minister Klink en staatssecretaris Bussemaker 9 juli 2007, ‘Met zorg ondernemen’, kenmerk MC-U-2783955

¹⁵⁹ Zie ook de brief van minister Hoogervorst over transparante en integrale tarieven – *Kamerstukken II* 2006/07, 27 659, nr. 52 – de brief ‘Ruimte voor betere zorg’ – kenmerk CZ/IZ-2695262 – en de brief ‘Waardering voor betere zorg’ van minister Klink – *Kamerstukken II*, 29 248, nr. 37.

3.4.2 HET VRAAGSTUK VAN HET DUALE BESTUUR

3.4.2.1 Geïntegreerd medisch specialistisch bedrijf

Tot op heden worden de ziekenhuizen grotendeels bekostigd op basis van het model van functiegerichte bekostiging (FB). Met de inwerkingtreding van de Wet integratie medisch specialistische zorg, onderdeel van de Ziekenfondswet,¹⁶⁰ werd in 2000 de aanspraak op door of vanwege een ziekenhuis verleende medisch specialistische zorg samengevoegd met de aanspraak op overige door het ziekenhuis verleende zorg. De kosten daarvan werden vanaf die tijd nog uitsluitend door of via de ziekenhuizen bij de zorgverzekeraar gedeclareerd. Het ziekenhuis trad jegens de zorgverzekeraar op als onderhandelingspartner namens het ‘Geïntegreerd Medisch Specialistisch Bedrijf’ of GMSB (na voorafstemming met de medisch staf).

Een minderheid van de medisch specialisten in de Nederlandse ziekenhuizen is in loondienst. De meeste medisch specialisten zijn namelijk vrijgevestigd en hebben als zodanig een toelatingsovereenkomst met het betrokken ziekenhuis op grond waarvan gebruik kan worden gemaakt van de faciliteiten van het ziekenhuis.¹⁶¹ Die laatste rechtsverhouding is niet wettelijk geregeld en wordt beheerst door het privaatrecht, waarbij aanknopingspunten zijn te vinden voor de overeenkomst van opdracht zoals deze in art. 7:400 van het Burgerlijk Wetboek is opgenomen. Hoewel de inhoud van de toelatingsovereenkomst vormvrij is, hebben partijen in het veld destijds gekozen voor een ‘Model toelatingsovereenkomst’.¹⁶² Dit model wordt in veruit de meeste gevallen gebruikt. Van een gezagsverhouding en dus arbeidsovereenkomst is geen sprake. Wél is sprake van een aanwijzingsbevoegdheid van het ziekenhuis (het huidige art. 7), algemene kwaliteitseisen, het sluiten van een productieovereenkomst (art. 2 lid 2 sub a) en meer beëindigingsgronden dan een arbeidsrelatie die thans (nog) kent (zie daarvoor art. 24). De Model toelatingsovereenkomst zoals deze is vastgesteld in juni 2006 door de betrokken partijen is min of meer het algemene kader voor de huidige verhouding ziekenhuis – medisch specialist.¹⁶³ Niet in de laatste plaats vanwege de fiscale zegen van Financiën, dat in die verhouding de medisch specialisten niet

¹⁶⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 1997/98, 25 258.

¹⁶¹ Zie o.a. Ph. Kahn, ‘De juridische relatie ziekenhuis/medisch specialist en kwaliteit van zorg’, *Reeks gezondheidsrecht* 15, Koninklijke Vermande 2001, met name hoofdstuk III.

¹⁶² Zoals overeengekomen tussen de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen en de Orde van Medisch Specialisten. Het laatste model dateert van 6 juni 2006.

¹⁶³ Zoals overeengekomen tussen de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen en de Orde van Medisch Specialisten, 6 juni 2006 met goedkeuring van de Minister van Financiën wat het vrije ondernemerschap betreft.

onder het loonbelastingregime zouden komen te vallen. Met de inwerking-treding van de Zorgverzekeringswet en het intrekken van de Ziekenfondswet per 1 januari 2006 verdween de Wet integratie medisch specialistische zorg. Dat heeft tot aan 1 januari 2008 niet direct geleid tot problemen dankzij de instandhouding van de lumpsumregeling. Met enige aanpassing in 2006 bleef de Model toelatingsovereenkomst het paradigma voor samenwerking.

3.4.2.2 Veranderingen in het ziekenhuis

In het nieuwe bekostigingssysteem staat geleverde zorg centraal en worden prijzen van DBC's primair (zoveel mogelijk) vastgesteld door onderhandelingen tussen ziekenhuizen en verzekeraars. Een vast uurtarief buiten de muren van het ziekenhuis in de totaaldienst van de DBC en een variabel uurtarief binnen muren van de ziekenhuizen voor de medisch specialisten, resulteert in een schakelfunctie voor de ziekenhuizen. Het resultaat van die onderhandelingen komt ten laste van het ziekenhuis dat wordt gekort voor interne overschrijding van het normtarief.¹⁶⁴ Dat maakt de ziekenhuizen eveneens verantwoordelijk voor het handhaven van het verlaagde uurtarief voor de medisch specialisten. Omdat het ziekenhuis kwalificeert als het toegelaten organisatorisch verband voor medisch specialistische zorg, dat de wettelijke bevoegdheid heeft om de integrale prestaties van de DBC op de zorgverleningmarkt te leveren, is het ziekenhuis (eind)verantwoordelijk voor de productieafspraken met de zorgverzekeraars. In de contractuele verhouding met de zorgverzekeraars ziet die verantwoordelijkheid op zowel productie als de kwaliteit ervan. Het ziekenhuis wordt door de nieuwe bekostigingssystematiek bevestigd in zijn eindverantwoordelijkheid voor prijs, kwaliteit en productievolume. Het nieuwe systeem noopt tot aanpassing van de tot nu toe tussen vrijgevestigd medisch specialist en ziekenhuis gehanteerde rechtsverhouding.¹⁶⁵ De onderdelen waarop, meer en anders dan voorheen, met de medisch specialisten zal worden gecontracteerd zijn de interne tarieven van de medisch specialisten, het productievolume, de kwaliteit en – vanwege het geschetste oplossen van de oude grenzen van het ziekenhuis – de mate van betrokkenheid en de exclusiviteit, respectievelijk de

¹⁶⁴ Gezamenlijke verklaring minister Klink – Orde van Medisch Specialisten, 17 januari 2007 en Nederlandse Zorgautoriteit, Uitvoeringstoets, *Op weg naar vrije prijzen*, 17 april 2007. Aanwijzing Minister van VWS d.d. 5 september 2007 (MC-U-2794140).

¹⁶⁵ Zie in dat verband ook: J.H. Hubben en E.W.M. Meulemans, 'De integratiewet. Gewijzigde verhouding ziekenhuis-specialist-patient-verzekeraar', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1999, 6, p. 346-59 en J.H. Hubben en J.G. Sijmons, 'De zelfstandig gevestigde medisch specialist op een gewijzigd juridisch speelveld', *Ned. Tijdschr. Geneeskunde* 12 januari 2008, 152(2).

concurrentiebeperkingen. De stelselwijziging kan op deze wijze echter gevolgen hebben voor de fiscale positie van de medisch specialist als vrij ondernemer. Bij de vormgeving van de nieuwe verhoudingen een belangrijk gegeven.¹⁶⁶

Basisvereiste van de nieuwe verhoudingen is dat het bestuur voldoende arm-slag heeft om een concurrerend profiel voor het ziekenhuis in de markt te zetten, zowel op gebied van kwaliteit en logistiek van zorg, als qua prijs. Het ziekenhuisprofiel is van belang om in de nieuwe concurrerende omgeving onderscheidend te kunnen zijn en toegevoegde waarde te kunnen bieden aan de zorgverzekeraars. Het initiatief daarvoor kan niet alleen op het niveau van de individuele specialisten of vakgroepen liggen. Actiever dan voorheen moet het ziekenhuis kunnen sturen op de kwaliteit en organisatie van de zorg.

De vormgeving van de nieuwe verhoudingen kent vele opties. Aan de ene kant van het spectrum treedt het ziekenhuis op als inkoper van medisch specialistische zorg. Het ziekenhuis voorziet in dat geval in alle faciliteiten en de medisch specialist voert uit met alle bijbehorende verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden van dien. Op die basis zou de toelatingsovereenkomst, zoals die thans wordt gehanteerd, kunnen worden omgevormd tot een vorm van onderaanbestedingsovereenkomst – een zogenaamde Service Level Agreement – waarin concreet afdwingbare afspraken dienen te worden neergelegd ter waarborging van het functioneren van de medisch specialist – zowel vrijgevestigd als in loondienst.¹⁶⁷

Aan de andere zijde van het spectrum integreren medisch specialisten meer in de ziekenhuisorganisatie, in het management van het ziekenhuis, hetzij doordat zij geheel in dienst treden van het ziekenhuis met managementtaken, hetzij door als vrijgevestigden te participeren in het ziekenhuis bijvoorbeeld middels dochtervennootschappen van het ziekenhuis. Zie daarvoor de volgende paragraaf.

In het kader van de ondernemingsstimulans vanuit de overheid, zou een ziekenhuis er bovendien goed aan doen stringenter eisen te blijven stellen aan de exclusiviteit en non-concurrentie. Het gaat dan met name om het toe-

¹⁶⁶ Vergelijk ook: M. Gelpke, 'De vrijgevestigde specialist BV', *Medisch Contact* 2007, 62, 1808-11.

¹⁶⁷ Ook voor de medisch specialist in loondienst geldt dat die rechtsverhouding in meer of mindere mate zal dienen te worden gezien op mogelijke nader concrete in te vullen afspraken.

stemmingsvereiste voor werkzaamheden elders wat voor het ziekenhuis ruimte laat die buitenschoolse initiatieven te weigeren, in die zin dat in het nieuwe stelsel al te gemakkelijk concurrerende initiatieven door medisch specialisten zouden kunnen worden tegengegaan. De NMa heeft inmiddels geoordeeld dat destijds de Stichting Alysis Zorggroep geen misbruik van economische machtspositie maakte toen zij zich op het standpunt stelde dat medisch specialisten bij haar werkzaam geen toestemming kregen om werkzaamheden buiten de ziekenhuismuren te verrichten.^{168, 169} Ook het Scheidsgerecht Gezondheidszorg heeft zich in ruime zin ten faveure van het ziekenhuis uitgelaten wat het weigeren van de toestemming op grond van art. 3.1 van de Model toelatingsovereenkomst betrof.¹⁷⁰

3.5 *Het ziekenhuis als concern?*

3.5.1 PARTICIPATIE MEDISCH SPECIALISTEN

Afhankelijk van de rechtsverhouding ziekenhuis – medisch specialist, zal de keuze dienen te worden gemaakt hoe het ondernemerschap van het ziekenhuis en vrijgevestigd medisch specialist nader kan worden ingevuld.¹⁷¹

Die ontwikkeling naar het ondernemerschap toe, wordt door Casalino en Robinson ook wel aangeduid als opeenvolging van drie perioden: de ‘*pre-managed care*’, de ‘*tight managed care*’ en de ‘*loose managed care-era*’.¹⁷² De drie perioden lijken volgens hen een gelijke te houden met drie basis-

¹⁶⁸ Besluit NMa 17 mei 2006, de Stichting Alysis Zorggroep/SHO.

¹⁶⁹ Zie voor stukken van de NMa en NZa ter zake de zorgsector ook NMa 2002, *Richtsnoeren voor de zorgsector*; NMa 2003, *Consultatiedocument: Concurrentie in de ziekenhuissector*; NMa 2004a, *Visiedocument: Concurrentie in de ziekenhuissector*; NMa 2004b, *Visiedocument: Inkoopmacht*; NZa 2007a, *Op weg naar vrije prijzen: Maatstafconcurrentie voor medische specialistische zorg*; NZa 2007b, *Monitorspecial ZBC's*; NZa 2006a, *De Zichtbare Hand: Uitvoeringstoets ziekenhuisbekostiging*; NZa 2006b, *Monitor: Ziekenhuiszorg: Analyse van de marktontwikkelingen in het B-segment in 2006*; NZa 2006c, *Consultatiedocument: Aanmerkelijke Marktmacht in de zorg*; NZa 2006d, *Protocol tussen de Nma en Nza*; NZa 2006e, *Strategie Nederlandse Zorgautoriteit: Het maken en bewaken van goed werkende zorgmarkten*.

¹⁷⁰ Scheidsgerecht Gezondheidszorg 17 augustus 2007, *GJ* 2007, 141.

¹⁷¹ Scholten en Van der Grinten, ‘Medische staf op weg naar partnership? De deelname van medisch specialisten in de besturing van Nederlandse ziekenhuizen’, *Acta Hospitalia*, 2003, 43 (2).

¹⁷² Casalino en Robinson, ‘Alternative models of hospital-physician affiliation as the United States moves away from tight managed care’, *Milbank Quarterly*, 2003, 81 (2), p. 331-351, zie ook Hendrikse en Schut, ‘Naar nieuwe beheersstructuren in de Nederlandse gezondheidszorg?’, *Acta Hospitalia*, 2004, 44 (1), p. 5-20.

vormen van de relatie tussen vrijgevestigd medisch specialisten en ziekenhuizen: het *'medical staff model'*, het *'hospital owned physician practice model'* en het *'independant practice association'* of *'physician hospital organization'*. In het *'medical staff model'*, dat gedurende de twintigste eeuw in Nederland het dominante organisatiemodel is geweest, opereren vrijgevestigd medisch specialisten voor eigen rekening binnen de muren van het ziekenhuis, dat primair fungeert als werkplaats.¹⁷³

Omdat in Nederland als gevolg van de stelselwijziging wat lumpsum en financiering betreft, zorgverzekeraars gaan optreden als kritische inkopers, waarbij financiële risico's verschuiven naar het ziekenhuis, is het *'medical staff model'* aan revisie toe. Een van de opties is meer zeggenschap en verantwoordelijkheid en dus risico voor de medisch specialisten, hetgeen een bepaalde mate van partnership met het ziekenhuis verlangt. Dat partnership kan in de vorm van aandeelhouderschap in het eigen specialisme of – zoals bijvoorbeeld de Isala Klinieken in Zwolle ontwikkelen – in de vorm van concernvorming en verzelfstandiging van zowel de zorggerelateerde onderdelen als de onderdelen die niet aan de zorg zijn gerelateerd.

3.5.2 ISALA KLINIEKEN

De Isala Klinieken overwegen om bedrijfsonderdelen een grote mate van zelfstandigheid toe te kennen.¹⁷⁴ Voor medisch specialisten gaat het dan om zorg-BV's in eigendom van de betrokken specialisten. Specialisten kunnen ervoor kiezen om voor 100% aandeelhouder te zijn of kiezen voor een joint venture met het ziekenhuis. De onderlinge verhoudingen tussen de aandeelhouders in een zorg-BV worden vastgelegd in een aandeelhoudersovereenkomst. Daarin is opgenomen voor welke besluiten de medisch-directeur van de zorg-BV goedkeuring moet hebben van de aandeelhoudersvergadering.

Medisch specialisten krijgen op die manier meer zeggenschap en verantwoordelijkheid dan de groep vrijgevestigde medisch specialisten die dat niet doen: een tussenweg tussen het *'hospital owned physician practice model'* en het *'independant practice association model'*. Mogelijke door Isala Klinieken verwachte effecten zijn meer transparantie, een kleinere dus flexi-

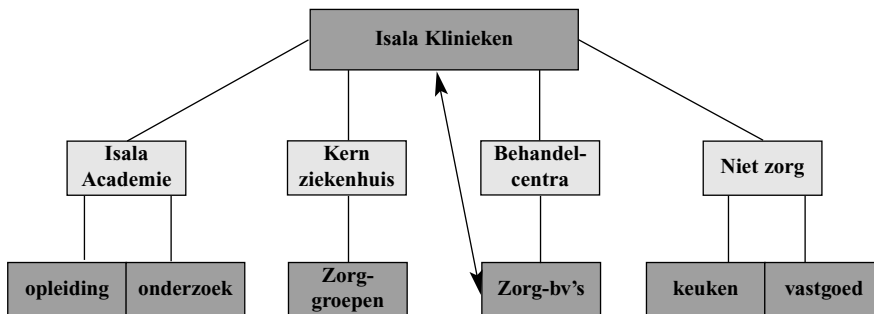
¹⁷³ Tap en Schut, 'Escaping from dual organization: physician self-governance', *International Journal of Health Planning and Management*, 1987 (2), p. 229-242.

¹⁷⁴ Lees voor uitgebreid artikel: J.P. Ottervanger, K.I.A. Fehse, A.H. Hilbers en J.G. Sijmons, *Medisch Contact* 22 februari 2008, nr. 8, 'Specialist doet weer mee, Isala Klinieken verzelfstandigt medische activiteiten in zorg-bv's'.

belere organisatie en meer betrokkenheid van medisch specialisten. Als mogelijk (belangrijk) nadeel identificeren zij mogelijke concessies aan de kwaliteit van zorg. Als vangnet voor dat nadeel dient een verplicht lidmaatschap van de medisch staf en binding aan het kwaliteitsreglement van het ziekenhuis.

De zorg zal vooralsnog worden verleend vanwege het ziekenhuis die de toelating op grond van de WTZi houdt en op die voet contracteert met zorgverzekeraars. Het concernbestuur maakt op haar beurt afspraken met de zorg-BV's. Het huidige verbod op winstoogmerk bij zorginstellingen treft wel de holding van het concern, maar niet de zorg-BV's. In een structuur ziet dat er als volgt uit:

Structuur Isala Klinieken



Bron: J.P. Ottervanger, K.I.A. Fehse, A.H. Hilbers en J.G. Sijmons, Medisch Contact, 22 februari 2008, nr. 8, 'Specialist doet weer mee, Isala Klinieken verzelfstandigt medische activiteiten in zorg-bv's'.

Nieuw in de zorg-BV opzet is het afnemen door de zorg-BV's van facilitaire diensten en onderlinge afspraken over de door de zorg-BV's te leveren zorg. Deze concernvorming illustreert treffend hoe de oude structuur van het ziekenhuis dynamiseert en een herpositionering van alle onderdelen verlangt. Dat lijkt een ingewikkelde operatie, die men liever zou vermijden, maar kan ook gezien worden als uitdrukking van de nieuwe werkelijkheid waarin het ziekenhuis als netwerk van relaties en belangen als economische entiteit moet opereren.

4. Enkele conclusies

De overheid heeft ingezet op nieuw ondernemerschap in de zorg. Nieuwe marktwerking vraagt nieuwe ondernemingen die kunnen inspelen op hun omgeving. Er is meer marktwerking, daar waar de overheid terugtreedt door-

dat de aanbodregeling wordt losgelaten ten gunste van een vraaggestuurd systeem met transparantie en health care governance. Deze terugtrekking wordt gecompenseerd met nieuwe regelgeving ter regulering van de zorgmarkten: de nieuwe functies van de NZa. De markt wordt door de NZa eerst onderzocht, dan gemaakt en ten slotte bewaakt. Het moeten maken van markten zonder duidelijk concept van hoe de zorgmarkt eruit moet zien is een intrinsieke moeilijkheid van deze taak.

Het nieuwe stelsel verwacht met name heil van de marktwerking in de vorm van prijsconcurrentie ter beteugeling van de autonome stijgende trend van verhoging van de kosten van de zorg. De uitvoering daarvan is voor de complexere zorginstellingen, zoals ziekenhuizen buitengewoon lastig. De markt is in transitie van een budgetgerichte benadering naar output bekostiging. Alleen deze kan concurrentie op de zorginkoopmarkt effectueren. Dit proces verloopt moeizamer dan verwacht.

Door de functiegerichte toelating van zorginstellingen tot de door collectieve middelen verzekerde zorgmarkt en door het vervallen van de budgettering, ontvalt de tot nu vanzelfsprekende basis aan bijvoorbeeld het ziekenhuis in zijn huidige vorm. Selectieve inkoop door zorgverzekeraars op basis van DBC's op productniveau in plaats van het contracteren van een voorziening voor de volledige capaciteit zal de zorginstellingen vervolgens dwingen tot herstructurering langs drie lijnen:

- intern tot nieuwe profilering van de zorgdiensten op het niveau van concurrerende DBC's (in de care ZZP's) op basis van eigen kostenprofielen, capaciteit en investeringsmogelijkheden;
- extern tot het zoeken van strategische partners in de zorgketen, hetgeen kan leiden tot nieuwe verbanden en instellingsvormen die functioneel effectievere samenwerkingsverbanden zijn dan volgens de wettelijke indelingen in vormen van zorg en voorzieningen;
- het vormen van samenwerkingsverbanden met andere typen ondernemingen (outsourcen van wat niet core business is), met als uiterste variant het full service concept waarbij de instelling zich geheel concentreert op de core business van haar zorgfuncties.

Voor ziekenhuizen komt daar bij:

- de interne herziening van de relatie die het ziekenhuis als instelling had tot zijn medisch specialisten en herdefiniëren van de onderlinge relatie in termen van gedeeld ondernemerschap.

Het instrumentarium om de nieuwe verhoudingen in de zorg vorm te geven is het gewone contracten- en rechtspersonenrecht. In deze zin zal 'het handelsrecht' meer dan voorheen zijn intrede doen in de zorgsector. De vraag is of een specifieke rechtsvorm voor het maatschappelijk karakter van de zorg,

zoals thans in verschillende vormen door het Ministerie van Justitie en VWS worden gesuggereerd, noodzakelijk is. Er zal geen bezwaar tegen zijn de mogelijkheden van het rechtspersonenrecht te verruimen, zolang de rechtsvormen niet dwingendrechtelijk worden voorgeschreven. In de vorm van het eerste voorontwerp van wet voor de ‘maatschappelijke onderneming’ is nog niet een aanlokkelijk perspectief geschetst voor de zorg. Het ontwerp blijft nog te veel belast met onduidelijkheden, o.a. wat de rol van de belanghebbendenvertegenwoordiging betreft.

Het maatschappelijk karakter van de zorg en de publieke belangen die erbij in het geding zijn, zullen voor blijvende betrokkenheid van de overheid zorgen. De Staat waarborgt immers kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg. In de toelating worden daarom eisen gesteld aan zorginstellingen in het kader van health care governance en transparantie. Het in dat kader opgelegde verbod van een winstoogmerk voor zorginstellingen lijkt ons niet houdbaar. Niet alleen vanwege de argumenten die het beleid ter zake moeten schragen, maar ook vanwege het gebrek aan proportionaliteit in het kader van de inperking van het vrij verkeer van kapitaal (EG-Verdrag). Het winstverbod zo het niet reeds onverbindend is, dient zo spoedig mogelijk te worden opgeheven.

Alleen door vrijgeven van het winstoogmerk ontstaat er voldoende ruimte voor zorginstellingen om zelf de vorm van een kapitaalvennootschap aan te nemen en risicodragend kapitaal aan te trekken. Hierdoor ontstaat het risico van invloed op de zorg en dominantie van het aandeelhoudersbelang, die in het kader van het maatschappelijke karakter van de zorg binnen de beperking van de primaire doelstellingen van de zorg dienen te blijven. De angst dat de zorg dreigt te worden beheerst door ‘vijandige’ aandeelhouders, lijkt overigens gezien de ervaringen bij Capio met de overname door hedge funds Apax en Nordic Capital Fund vooralsnog niet gegrond. In het verlengde van de health care governance zijn echter bepaalde vormen van beschermingsconstructies bij beursgenoteerde zorgvennootschappen voor de hand liggende oplossingen tegen een al te grote invloed van het kapitaal op de zorg. De WTZi voorziet in de mogelijkheid van het opnemen c.q. toevoegen van voorschriften in c.q. aan de toelating op grond van de art. 13 en 14 van de WTZi. Te denken valt met name aan het structuurregime en stemrechtbeperkingen (de laatste vergelijkbaar met de Belgische Vennootschap met Sociaal Oogmerk). Daarmee wordt naar ons oordeel geen onevenredige inbreuk gemaakt op de vrijheden die het Europees recht beoogt te beschermen op de interne markt.

Solvabiliteitseisen zijn voor instelling met zorginfrastructuur van algemeen belang eveneens te overwegen. Het is dan verder niet nodig om een bijzon-

dere limiet te stellen aan de uitkeerbaarheid van de winst voor zorginstellingen.

Een andere optie op vrijwillige basis is het invoeren van prioriteitsaandelen (gouden aandeel) in de exploiterende kapitaalvennootschap voor de bestaande stichtingen die exclusief zorginhoudelijke doelstellingen in hun statuten hebben. Minder voor de hand liggend, maar niet ondenkbaar zou zijn, dat de Minister van VWS aan de WTZi-toelating de voorwaarde verbindt dat de houder van de toelating, de zorginstelling zelf, althans de exploiterende rechtspersoon in het bezit van de toelating op grond van de WTZi, altijd een bijzonder aandeel dient te houden op grond waarvan bepaalde vormen van 'weglekken' en te veel invloed op het primair zorgproces zouden kunnen worden tegengegaan. Problematisch is wel de voorwaarde van een gouden aandeel voor de Staat zelf, waardoor invloed kan worden uitgeoefend op de zorgonderneming met als doel de continuïteit van de uitvoering van de zorg te bewaken, vanwege de strijdigheid met art. 56 EG, het vrij verkeer van kapitaal.

Met ingang van 1 januari 2009 wordt een systeem ingevoerd van integrale tarieven. De kapitaallasten zullen dan gedekt moeten worden uit de integrale tarieven/prijzen die de zorginstelling (via de zorgverzekeraars) in rekening brengt. Dat betekent dat de Cure-sector (ziekenhuizen) per 1 januari 2008 en de Care-sector (verpleeg- en verzorgingshuizen enz.) per 1 januari 2009 integraal verantwoordelijk worden voor het vastgoed, en het belang van een testcase voor nieuwe bouwinitiatieven toeneemt. PPS (publiek-private samenwerking), of beter gezegd het 'full service concept', is een samenwerkingsverband, waarbij een aantal partijen op basis van een heldere taak en risicoverdeling gezamenlijk een project realiseren. Het full service concept voor de bouw van ziekenhuizen en andere zorgaanbieders sluit naar onze mening het beste aan bij een zogenaamd Design, Build, Finance en Maintain en/of Operate contract ('DBFM(O)-contract'). Dat is vooral aantrekkelijk voor de zorginstelling die een bouwproject van plan is te gaan realiseren. Daarbij besteedt zij het ontwerp, de bouw, de financiering, het beheer van het gebouw en de facilitaire diensten in één pakket aan op de markt.

De zorginstelling krijgt hierdoor in de toekomst te maken met één private partij voor alle huisvestingsaangelegenheden inclusief facilitaire diensten. Door de taakverdeling binnen de samenwerking tussen zorginstelling en private partij, waarbij de zorginstelling verantwoordelijk is voor klinische diensten en de private partij voor niet-klinische diensten, kan de zorginstelling zich concentreren op haar core business. De verantwoordelijkheid voor de aansturing van de zorg blijft in handen van de zorginstelling, de overige verantwoordelijkheid wordt in handen gelegd van de private partij(en), die daar-

voor risicodragend kapitaal kan inzetten (full service model). Eén financieel obstakel is evenwel het BTW-nadeel, dat onvermijdelijk volgt uit het outsourcen van diensten aan derden.

Ten slotte speelt een belangrijk onderdeel van de gefaseerde introductie van de marktwerking zich af binnen de muren van het ziekenhuis. De vrijgevestigde medisch specialisten zullen hun positie in het ziekenhuis opnieuw samen met het ziekenhuis dienen te bepalen. Daarvoor lopen de mogelijkheden uiteen van een gedeeld ondernemerschap (zorgconcern naar het project van de Isala Klinieken) naar een inkapseling in de ziekenhuisorganisatie via loondienstverband. De huidige Model toelatingsovereenkomst is echter aan een grondige revisie toe.

5. Tot slot

In de publicatie ‘Niet van later zorg’, nodigt het Ministerie van VWS een ieder uit om na te denken over de toekomst van onze gezondheidszorg.¹⁷⁵ Voor de zorgaanbieder wordt een scenario geschetst voor 2020. Daarin dwingt concurrentie tussen de zorgaanbieders de te grote partijen weer terug te keren naar bestuurbare eenheden. Dat wordt bereikt door te ‘defuseren’, maar ook de opsplitsing van de organisatie in werkbare eenheden wordt tegen die tijd als een goede oplossing voor het besturingsvraagstuk gevonden.

In 2020 komen zorgaanbieders in allerlei juridische vormen voor. Allereerst de stichting van vóór de gereguleerde marktwerking: deze weet zich in zijn algemeenheid goed te handhaven, mits het bestuur van de organisatie is meegegaan met de ontwikkelingen op de zorgmarkt. Het blijkt dat de omvang van de zorgorganisatie in 2020 lang niet zo belangrijk is als men vroeger wel dacht: ook relatief kleine maar goed geleide organisaties kunnen zich in de zorgsector goed redden en hebben vaak een hoge klantensatisfactie. Ten tweede, de ‘maatschappelijke onderneming’ (niet per se in de vorm van het huidige voorontwerp). De risico’s van de organisatie nemen met enig beperkt ondernemerschap toe. Winst is geen doel, maar wel een mooi resultaat ten behoeve van de klanten. Ten derde, de instellingen hebben gekozen voor de besloten vennootschap. Deze BV is gaan ondernemen in de zorgsector. Het aantal instellingen dat zich bedient van BV’s bedraagt in 2020 circa 40% van het aantal zorgaanbieders.

¹⁷⁵ Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport 2007, ‘Niet van later zorg’.

DEEL I

De nieuwe toetreders worden in 2020 vrijwel alle gerund in BV-vorm. Zij bedienen hun klanten met een rendementsdoelstelling, een interne kwaliteitseis en een continuïteitsdoelstelling. Verder opereren er in NV-vorm met een beursnotering enkele grote ketens in Nederland. Met name deze laatste twee groepen blijken de marktwerking in de Nederlandse zorgsector echt dieptewerking te geven. Vele van hen hebben langdurige ervaring in het buitenland en brengen die ervaring mee naar hun nieuwe organisaties in Nederland. Enkele van die organisaties zijn in 2020 gefuseerd met Nederlandse partijen, hebben Nederlandse partijen overgenomen of werken intensief op strategisch gebied samen met enkele grote zorgaanbieders.

Niet een vooruitzicht dat verontrust, noch een perspectief met garantie voor de toekomst. De continuïteit van de zorg met het overige maatschappelijke veld is echter hersteld.

**DEEL II - DE JURIDISCHE INKADERING VAN DE 'MAATSCHAP-
PELIJKE ONDERNEMING'**

Prof. mr. T.J. van der Ploeg*

* Hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit.
Mw. M. de Andrade, mw. mr. A.J. van der Kuyl en mw. mr. C.H.C. Overes dank ik hartelijk
voor hun opmerkingen en suggesties bij een eerdere versie.

Inleiding

Op 12 juli 2007 bood het Ministerie van Justitie aan organisaties op het gebied van de publieke dienstverlening, zoals gezondheidszorg, woningbouw en onderwijs, ter consultatie een voorontwerp inzake de maatschappelijke onderneming aan. In deze bijdrage ga ik in hoofdstuk 1 in op de context van dit voorontwerp. Nagegaan wordt of, gezien de sociaal-economische, politieke, bedrijfskundige en bestuurskundige ontwikkelingen, nationaal en mogelijk internationaal, inderdaad de tijd rijp lijkt voor een nieuwe rechtsvorm. In hoofdstuk 2 ga ik dieper in op het voorontwerp zelf. Na een korte beschrijving volgt een beoordeling van het voorontwerp vanuit rechtspersonenrechtelijk/ondernemingsrechtelijk perspectief. Bijzondere aandacht geef ik de belanghebbendenvertegenwoordiging en plaats daarbij kanttekeningen. In hoofdstuk 3 bezie ik of, gezien de motieven van de overheid, de keuze voor een nieuwe rechtspersoonsvorm goed is afgewogen. Tevens stip ik de kwestie van de winstuitkerende ondernemende in de dienstverlening aan en eindig met enkele conclusies.

Het voorontwerp is nogal apodictisch en onduidelijk gemotiveerd. Dat maakt het lastig om je erin te verdiepen en het te beoordelen. Het afwijzen vanwege onvoldoende motivering is wel aantrekkelijk maar niet bevredigend. Toch heb ik geprobeerd het voorontwerp zo open mogelijk te benaderen. Aanvankelijk had ik daarbij de gedachte dat ik wellicht over het hoofd zag dat deze nieuwe rechtsvorm zou kunnen horen bij een heel nieuwe maatschappelijke ontwikkeling. Dan wil ik niet – bij wijze van spreken – aan de stoomlocomotief vasthouden als er een elektrische trein op het spoor wordt gezet. Dat er maatschappelijke vernieuwingen komen acht ik niet uitgesloten, zeker op het gebied van de gezondheidszorg. Dat daarvoor de rechtspersoonsvorm maatschappelijke onderneming het goede vehikel is, acht ik hoogst twijfelachtig.

1. Enkele historische en sociologische kanttekeningen bij de opkomst van de ‘maatschappelijke onderneming’

1.1 *De verhouding tussen overheid en particuliere organisaties ten aanzien van de publieke dienstverlening in historisch perspectief*

In Nederland wordt vanouds de publieke dienstverlening op allerlei terreinen – onderwijs, bibliotheken, omroep, sociale woningbouw, bejaardenzorg welzijnswerk, jeugdzorg enz. – verricht door privaatrechtelijke organisaties en grotendeels gefinancierd door de overheid. Het formuleren van het beleid en de planning vinden veelal in een samenspel tussen de particuliere (koe-pel)organisaties en de overheid plaats. Er is een zodanige onderlinge verwevenheid dat men wel van een hybride samenwerking spreekt.¹ Door de vooral financiële afhankelijkheid van de overheid proberen de particuliere organisaties in hun verhouding met de overheid hun eigenheid zoveel mogelijk te benadrukken.

Nederland heeft verhoudingsgewijs de grootste non-profitsector van de wereld.² De collectieve middelen, inclusief de ziektekostenverzekeringen, voorzien in 58% van de totale kosten. Van de non-profitsector is de zorg de grootste deelsector.³ Het merendeel van de particuliere organisaties stamt uit de tijd van de verzuiling waarbij de belanghebbenden en de financiën afkomstig waren uit bepaalde bevolkingsgroepen. Door de ontzuiling en de steeds sterkere invloed van de overheid door subsidiëring en planning, wordt de band tussen de privaatrechtelijke organisaties en hun achterban steeds losser. Een maatschappelijke legitimatie via een achterban hebben de particuliere organisaties niet meer, hun legitimatie vinden zij in de maatschappelijke behoefte aan de door hen verleende diensten. Zij zijn privaatrechtelijk omdat zij zo zijn opgericht en zo worden bestuurd, hoewel de overheid grotendeels de financiën verschafft en het beleid bepaalt. Door hun publieke taak worden zij door sommigen in de publiekrechtelijke sfeer getrokken.⁴

¹ P. Hupe en L. Meijs, ‘Non-profit in Nederland, wat maakt het uit?’, p. 105 e.v., in: A. Burger en P. Dekker (red.), *Noch markt, noch staat*, Den Haag: SCP 2001.

² Zie L. Salamon, H.K. Anheier c.s., *Global Civil Society*, The Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project, Baltimore 1999, p. 145 e.v. Vgl. P. Dekker, *Nederland gemeten en vergeleken: conclusies en perspectieven*, p. 287 e.v., in Burger en Dekker (zie noot 1).

³ Dekker (zie noot 1), p. 288.

⁴ Zie par. 1.4 hierna.

Door de opname in de Grondwet van de sociale grondrechten in de jaren tachtig wordt de verantwoordelijkheid van de overheid voor de realisatie van deze grondrechten – waaronder met name de publieke diensten als woningbouw, onderwijs, gezondheidszorg – nadrukkelijk vastgelegd. Toen door verslechtering van de economie de overheid de subsidiëring moest verminderen, dwong zij de particuliere organisaties hetzij om meer samen te werken hetzij om andere bronnen aan te boren.⁵ De overheid is toen sterk bezig geweest met de herverdeling van de verantwoordelijkheid tussen overheid en maatschappelijke organisaties, maar er is geen echte breuk gekomen. Veeleer kwam er een breder opgevatte consultatie en samenwerking tussen overheid en maatschappelijke belangenbehartigers.⁶ Fraai is de verhouding tussen de overheid en de particuliere dienstverleners in Nederland als volgt onder woorden gebracht: ‘Beleidsmakers mogen denken dat het vooral om uitvoerders gaat en de uitvoerders denken dat ze faciliteiten krijgen als ondernemers.’⁷

De privaatrechtelijke — gewoonlijk niet meer verzulde — organisaties zijn nog steeds de belangrijkste publieke dienstverleners. De besturen worden vaak niet meer gekozen uit een bepaalde identiteitsgebonden groep. Er wordt veelal geen verantwoording afgelegd door het bestuur aan een ledenvergadering of aangeslotenenraad, wel aan belanghebbenden en aan de overheid.

1.2 *Medezeggenschap van belanghebbenden*

De positie van de particuliere dienstverlenende instellingen werd vooral bepaald door de subsidievoorwaarden. De positie van de cliënten was daarbij niet of nauwelijks geregeld. Omdat de gebruikers veelal geen bijzondere (lidmaatschaps- of aangeslotene-)band hadden met de dienstverlenende organisaties terwijl die dienstverlening voor tal van mensen een zeer wezenlijke rol in hun bestaan vervulde, is er gezocht naar een manier om de cliënten bij de private organisaties te betrekken. Op 29 maart 1977 heeft de Commissie-Van der Burg op verzoek van het Ministerie van CRM haar rapport Democratisch en doelmatig functioneren van gesubsidieerde instellingen aangeboden. In het rapport wordt gesteld dat cliënten bij het besturen van de instellingen betrokken moeten worden. De reden is vooral dat zij

⁵ Zie J.P. Balkenende en T.J. van der Ploeg (red.), *Behoud en vernieuwing van identiteit*, Lemma 1999 met beschouwingen betreffende de om zich heen grijpende fusiedrang en het verdwijnen van identiteitsgebonden particuliere organisaties.

⁶ Dekker (zie noot 1), p. 289.

⁷ Dekker (zie noot 1), p. 293-294.

meer of minder sterk afhankelijk zijn van de instellingen. Bij voorkeur zouden de cliënten zelf of anders cliëntenorganisaties of als dat ook niet kan, lokale/provinciale overheden bestuursleden moeten voordragen.⁸

In dat verband is er in de kamer nogal discussie geweest over de vraag of aan bestuursleden die door cliënten (en werknemers) worden voorgedragen identiteitseisen mogen worden gesteld. De regering heeft in het Voorlopig Regeringsstandpunt⁹ en het definitieve Regeringsstandpunt¹⁰ gesteld dat aan bestuurders de eis van een bepaalde identiteit kan worden gesteld, althans kan worden gevraagd dat zij die identiteit respecteren en het belang van de instelling zullen behartigen.¹¹ De regering heeft vervolgens een stuurgroep-Dijk ingesteld om de voorstellen verder uit te werken. Ook bij de NJV in 1981 is deze problematiek aan de orde geweest aan de hand van een preadvies van P.L. Dijk en J. Schepel. Zij hebben voorgesteld om voor deze instellingen een structuurregeling te maken, waarbij de gebruikersraad een vergelijkbare positie kreeg als de ondernemingsraad ten aanzien van de raad van toezicht. De afstand van de gebruikers tot het bestuur was daarbij dus weer groter dan in het regeringsstandpunt. Een ontwerp van wet van de stuurgroep-Dijk in 1989 is ingetrokken omdat het een te beperkte reikwijdte had.¹² Een breder ontwerp van de regering is niet veel later ook ingetrokken.¹³ Wel is ten behoeve van de gebruikers alom voorzien in klachtenregelingen.

Overigens zijn er in de tachtig en negentig wel degelijk bij particuliere organisaties op allerlei maatschappelijk gebied medezeggenschapsraden voor cliënten, patiënten en leerlingen/ouders ingesteld, waarbij soms ook een zekere invloed op de samenstelling van de besturen of toezichthouders werd geregeld. In de eerste plaats is hier te noemen de Wet Medezeggenschap Cliënten *Zorginstellingen*, waarin is voorzien in een cliëntenraad die adviesrechten heeft en een bindend adviesrecht ten aanzien van ten minste een lid

⁸ Commissie-Van der Burg, *Democratisch en doelmatig functioneren van gesubsidieerde instellingen*, p. 148, weergegeven in P.L. Dijk en J. Schepel, *Dient de wet voorzieningen te bevatten ten aanzien van de zeggenschap van medewerkers en/of gebruikers in bestuurlijke organen van verenigingen en stichtingen?*, Preadvies NJV 1981, deel 1, eerste stuk.

⁹ Brief van Minister CRM 11 oktober 1979, zie Dijk en Schepel (zie noot 8), p. 27-30.

¹⁰ *Kamerstukken II* 1980/81, 15 360, nr. 18 (5 november 1980), Dijk en Schepel (zie noot 8), p. 30 e.v.

¹¹ Zie uitgebreid Dijk en Schepel (zie noot 8), p. 38-43 over hoe de identiteit juridisch een rol kan spelen.

¹² *Kamerstukken II* 1988/89, 20 888, nr. 4. Zie ook het regeerakkoord van het toenmalige kabinet, *Stcrt.* 1989, 209.

¹³ *Kamerstukken II* 1992/93, 20 888, nr. 8.

van het bestuur of de raad van toezicht.¹⁴ De vraag is of de cliëntenraad in de WMCZ wel goed functioneert.¹⁵

In het *onderwijs* is in 1982 de Wet medezeggenschap onderwijs ingevoerd met een medezeggenschapsraad voor personeel¹⁶ en ouders dan wel leerlingen. Deze is in 1992 vervangen en ook die laatste wet heeft al weer een opvolger, de wet medezeggenschap op scholen.¹⁷ In grote trekken komt het er op neer dat er een medezeggenschapsraad is, bestaande uit beide geleidingen, die een adviserende en soms instemmingsbevoegdheid wordt verleend. Ook worden aan de personeelsgeleding en aan de leerling/oudergeleding afzonderlijke instemmingsbevoegdheden gegeven ten aanzien van onderwerpen die hen in het bijzonder aangaan.

In de sociale *woningbouw* is met name van belang het Besluit Beheer Sociale Huursector (BBSH) op grond waarvan de woningbouwcorporaties om als instelling toegelaten te worden een raad van toezicht moeten instellen, terwijl de huurders of huurdersorganisaties een bindende voordracht mogen doen ten aanzien van twee bestuurders of toezichthouders.¹⁸ Over een adviserende belanghebbendenraad werd niet gerept.

In de oude *Pensioen-* en *Spaarfondsenwet* was er in voorzien dat de deelnemersraad op allerlei punten een adviesrecht kreeg en ook een beroepsrecht op de ondernemingskamer wanneer het bestuur zijn advies niet opvolgde. Dit is in stand gebleven in de nieuwe Pensioenwet.¹⁹ Daar is echter nog een verantwoordingsorgaan bij gekomen. Hierin zijn verschillende belangen vertegenwoordigd en het heeft de bevoegdheid om een enquêteverzoek in te stellen.²⁰

¹⁴ Zie art. 4 en art. 7 WMCZ.

¹⁵ Hierop wijst W.J.M. van Veen, 'Een nieuwe rechtsvorm voor "de" maatschappelijke onderneming?', p. 17 e.v., m.n. p. 23, in: Tj. Hoekstra (red.), *Maatschappelijke ondernemingen*, Congres 7 juni 2007 VU, Kluwer 2007. Hij refereert aan het rapport: *De invloed van cliëntenraden*, in opdracht van VWS 13 juli 2004.

¹⁶ De Wet op de Ondernemingsraden is sindsdien niet meer van toepassing op de privaatrechtelijke onderwijsorganisaties.

¹⁷ Wet van 30 november 2006.

¹⁸ Zie art. 7 BBSH.

¹⁹ Art. 109-115 Pensioenwet. Zie uitgebreid over de medezeggenschap bij pensioenfondsen L.H. Blom, 'Bestuur, medezeggenschap, verantwoording en intern toezicht', p. 604 e.v., in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Kluwer 2007.

²⁰ Art. 33, respectievelijk 219 Pensioenwet.

1.3 Ontwikkelingen op het gebied van (goed) bestuur

De rechtspersoonsvormen waarin de particuliere organisaties gehuld gaan, zijn voornamelijk de vereniging en de stichting en soms de coöperatie.²¹ Bij de coöperatie is het probleem dat de leden overeenkomsten moeten sluiten met de coöperatie in het kader van haar bedrijfsuitoefening voor de leden.²² Niet gebruikende leden kent de coöperatie niet.²³ Het probleem bij de coöperatie is niet zozeer dat er steeds winstuitkering plaatsvindt. Daar is de coöperatie niet noodzakelijk op gericht.²⁴ Afgezien van de coöperatie zijn deze rechtsvormen niet speciaal gemaakt voor ondernemingen, maar ondernemingen passen er wel in.²⁵

In veel gevallen is de directie van de onderneming het bestuur van de rechtspersoon geworden en is het oorspronkelijke (niet-betalde) bestuur raad van toezicht geworden. Een raad van toezicht is soms door de wetgever afgedwongen.²⁶ De leden van de vereniging of de aangeslotenen van de stichting hebben vrijwel geen rechtstreekse invloed op het bestuur meer, wel op de raad van toezicht. Ook bij de wijziging van de statuten spelen ze nog hun rol. In feite zijn het dus de directie (= het bestuur) en de raad van toezicht die in de organisatie zeggenschap uitoefenen.²⁷ Bij de grotere instellingen speelt ook de ondernemingsraad²⁸ een rol.

De professionalisering van het bestuur betekent dat het bestuur haar verantwoordelijkheid voor de rechtspersoon met grotere deskundigheid en zelf-

²¹ Soms wordt ook een zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap gebruikt.

²² Zie R.C.J. Galle, 'De maatschappelijke onderneming als nieuwe rechtsvorm?', *TvOB* 2008, p. 21 e.v., m.n. p. 27.

²³ Bij de Europese coöperatieve vennootschap zijn deze wel toegestaan. De doorwerking binnen het Nederlandse coöperatierecht is (nog) niet gerealiseerd. Zie nader Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, 2007 (vijfde druk), p. 39.

²⁴ Vgl. ook J. Nijland, 'De "maatschappelijke onderneming"; wenselijkheid en noodzaak nader bezien', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2005, p. 64.

²⁵ Ten onrechte doen H.J. de Ru, J.L. Burggraaf, L.A.J. Spaans, *De maatschappelijke onderneming*, Boom 2005, p. 41-42 een beroep op Asser/Van der Grinten/Maeijer, *De rechtspersoon*, 1997 (achtste druk), met de suggestie dat deze vormen niet geschikt zijn voor ondernemingen.

²⁶ Zie art. 7 BBSH en art. 6.1 Uitvoeringsbesluit Wet Toezicht Zorginstellingen, *Stb.* 2005, 575. Zie nader het themanummer Governance Codes, *Ondernemingsrecht* 2007, afl. 12 met bijdragen over de pensioensector (R.H. Maatman), de gezondheidszorg (L.G.H.J. Houwen) en de woningbouw (J.G. Groeneveld-Louwerse).

²⁷ Wanneer de roep om een one-tiermodel ook in de non-profitorganisaties gaat klinken, zal er wel weer worden bepleit dat onder bepaalde voorwaarden niet steeds een raad van toezicht nodig is.

²⁸ Dit geldt niet in het onderwijs.

standigheid kan dragen. Daarnaast doen op allerlei terreinen van publieke dienstverlening governance-codes hun intrede, waarbij ‘de branche’ zichzelf aan allerlei regels en principes voor goed bestuur bindt.²⁹ Te noemen zijn in dit verband bijvoorbeeld de Zorgbrede Governance Code in de gezondheidszorg, de Code Goed Bestuur (goed onderwijsbestuur in het primair onderwijs),³⁰ de Aedescode 2007 voor de woningbouwcorporaties,³¹ en de pension fund governance van de Stichting van de Arbeid. Deze zelfregulering is steeds toegespitst op de verhoudingen in de eigen sector. In de Zorgbrede Governance Code³² is afgesproken dat de organisaties ieder voor zich zullen bepalen wie binnen het verzorgingsgebied belanghebbenden zijn en verplichten de organisaties zich om dezen te raadplegen ten aanzien van belangrijke de missie van de instelling rakende onderwerpen.³³ Wat betreft de verhouding met de overheid: deze stelt kwaliteitseisen aan de zorgverlening en zorgverleners, doet aan prijsbeheersing, en waakt voor de toegankelijkheid. De overheid controleert daarnaast de organisaties op het punt van financiën via de door de accountant goedgekeurde jaarrekening en jaarverslag. Daarbij hanteert ieder ministerie andere eisen betreffende de jaarrekening afhankelijk van de aard van dienstverlening.

1.4 *De politieke visies op de positie van de particuliere organisaties*

Zoals in par. 1.1 is vermeld, spelen de particuliere organisaties nog steeds in Nederland een belangrijke rol bij de publieke dienstverlening. Dit wordt in de Nederlandse politiek echter op verschillende wijze gelegitimeerd. Vanuit socialistische zijde worden zij in feite beschouwd als vormen van decentrale overheid. De rooms-katholieken spreken over subsidiariteit, die overigens

²⁹ Dekker (zie noot 1), p. 288.

³⁰ Code opgesteld door VOS/ABB en AVS, <www.infowms.nl>.

³¹ Zie hierover o.a. J.G. Groeneveld-Louwerse, ‘Corporate governance bij woningbouwcorporaties’, *Ondernemingsrecht* 2007, 132, p. 454 e.v.

³² Afkomstig van de Brancheorganisaties Zorg, 19 december 2005.

³³ Het betreft:

- de vaststelling of wijziging van de missie, doelstelling of grondslag van de zorgorganisatie;
- overdracht van zeggenschap over de zorgorganisatie of over een belangrijk deel daarvan en over besluiten tot fusie of tot het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking met een andere zorgorganisatie;
- opheffing of een belangrijke inkrimping dan wel belangrijke uitbreiding van de werkzaamheden van de zorgorganisatie, besluiten tot concentratie of deconcentratie van de zorgorganisatie en structurele sluiting van afdelingen, dependances of locaties;
- systematische bewaking, beheersing of verbetering van de kwaliteit van de te verlenen zorg.

Zie 1.2.2. Zorgbrede Governance Code.

op zich ook een zekere hiërarchie ten opzichte van de Staat veronderstelt. De protestanten (gereformeerden) beroepen zich op ‘soevereiniteit in eigen kring’, waarbij de particuliere organisaties en de overheid ieder hun eigen bevoegdheden hebben met de Staat als verbindend element.³⁴ Voor liberalen zijn particuliere organisaties van belang als tegenwicht tegen de overheid (checks and balances); inschakeling van hen door de overheid past hen minder. De regulering van de verhoudingen tussen overheid en particuliere organisaties zal dus altijd een compromiskarakter hebben, dat niemand geheel bevredigt.³⁵

In de tijd van de verzorgingsstaat (jaren '70-'90) werden de particuliere organisaties zoveel mogelijk gelijk behandeld met de overheidsdiensten. In het bestuursrecht wordt door een aantal auteurs vanwege de publieke taak die particuliere organisaties uitoefenen en de grote invloed van de overheid gesproken van semipublieke organisaties, die eigenlijk tot de overheid behoren.³⁶ Het functionele denken, waarin het maatschappelijke doel en niet het karakter van de rechtsverhoudingen (publiek- of privaatrecht) voerde toen de boventoon.³⁷

J.P. Balkenende geeft in zijn proefschrift in 1992 een voorzet voor een andere insteek.³⁸ Hoewel zijn proefschrift niet over dienstverlenende organisaties gaat maar over ‘maatschappelijke organisaties’ (regulerende particuliere organisaties op het publiek domein), heeft hij duidelijke opvattingen over de plaats van particuliere organisaties in het algemeen. Nu de verzorgingsstaat ter discussie staat, is er volgens hem reden om zaken van het publiek domein niet alleen vanuit het te regelen belang maar vooral vanuit het gezichtspunt van de (regulerende) actoren te bezien. Hij noemt als mogelijke ontwikkelingen: meer zelfregulering dan overheidsregulering, meer eigen bijdragen en sponsoring en minder subsidie.³⁹ De waarde die Balkenende hecht aan rechtsvorming door maatschappelijke organisaties heeft niet zozeer te maken met gedachten over soevereiniteit in eigen kring, maar met het feit dat deze kan bijdragen aan de vergroting van de legitimatie en de effectiviteit van de wet, aan vermindering van belasting van de wetgever, bestuur en wel-

³⁴ Zie H. Dooyeweerd, *De Wijsbegeerte der wetsidee*, deel III, 1936, p. 613 e.v.

³⁵ Zie over de politieke stromingen: A. Lijphart, *The politics of accommodation: Pluralism and democracy in the Netherlands*, Berkeley: University of California press 1968.

³⁶ Zie hierover uitgebreid: J.G. Groeneveld-Louwerse, *Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid*, proefschrift VU 2004, p. 219 e.v. en S.E. Zijlstra, *De grenzen van de overheid*, preadvies VAR 2008, hoofdstuk 4.

³⁷ J.P. Balkenende, *Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties*, proefschrift VU 1992, p. 19 en 85.

³⁸ Zie noot 35.

³⁹ Balkenende (zie noot 37), p. 32 e.v.

licht rechter en aan verbetering van uitvoering en bereidheid tot naleving van de wet.⁴⁰ Deze denktrant speelt mijns inziens ook een rol bij het voorontwerp voor een maatschappelijke onderneming. Het motief dat door het uitventen bij particuliere organisaties de overheid wordt ontlast, vind ik wel erg pragmatisch. Een positieve reden om particuliere organisaties in te schakelen is de waarborging van de pluriformiteit. In ieder geval is het binnen de Nederlandse politieke verhoudingen nog steeds zo dat er een meerderheid voor is, althans geen bezwaar heeft, dat niet de overheid zelf maar particuliere organisaties de dienstverlening aan het publiek verzorgen.⁴¹

1.5 *Is er een nieuwe positie voor dienstverlenende particuliere organisaties?*

De laatste jaren is er een ontwikkeling geweest in het kader van de publieke dienstverlening, niet alleen in ons land maar meer internationaal, waarin non-profitorganisaties zich niet zozeer opstellen als subsidieontvangers ten behoeve van dienstverlening in het algemeen belang, maar waarin zij zichzelf opstellen als ondernemers die in concurrentie met commerciële dienstverleners, andere non-profitdienstverleners en eventueel de overheid treden. De onder sociologen gebruikelijke indeling tussen markt, overheid en derde sector lijkt dan niet meer helemaal te passen. Er ontstaat, zo merkt de Duitse socioloog H. Anheier op, een overgangsgebied tussen markt en non-profitsector.⁴² Die overgangen worden problematisch beschouwd, maar wellicht zijn zij voorboden van fundamentele maatschappelijke veranderingen. De vraag is of markt en non-profitorganisaties in de sociale dienstverlening kunnen samengaan en wie dan waarvoor verantwoordelijk is, en hoe de verantwoordelijkheid van de overheid daarbij is.⁴³

P. Dekker van het Sociaal-Cultureel Planbureau denkt hierop door. Hij stelt: als men wil voorkomen dat de non-profits alleen maar de nieuwe armenzorg verlenen en de beter bedeelden naar de vrije markt verdwijnen en men ook de algehele commercialisering van non-profitdienstverlening tegen wil gaan, is er voor de non-profitorganisaties een status nodig die ruimte biedt om zich als onderneming te ontwikkelen maar die een barrière opwerpt voor de verleidingen van de commercialisering. Het karakter van onderne-

⁴⁰ Balkenende (zie noot 37), p. 84.

⁴¹ Vgl. T.J. van der Ploeg, 'Changing relationships between private non-profit organizations and government in The Netherlands', p. 190 e.v., in: K.D. McCarthy c.s., *The non-profit sector in the global community*, San Francisco: Josey Bass 1992.

⁴² Zie H. Anheier, *De derde sector in Europa: een essay over groei en structuurverandering*, p. 271 e.v., m.n. p. 279 in Burger en Dekker (zie noot 1).

⁴³ Anheier (zie noot 1), p. 280-283.

ming staat dan voorop, niet meer die van bijv. levensbeschouwelijk verband.⁴⁴ Dekker wijst in dit verband op het gebruik van het begrip maatschappelijke onderneming in CDA-kringen.⁴⁵ Speciaal van belang in dit verband is een artikel van Balkenende en Dolsma in C.D. Verkenningen 2000.⁴⁶ Als ik het goed begrijp willen zij de zorginstellingen meer een ondernemershouding geven omdat deze zich niet meer op de overheid maar op de gebruikers moeten richten. De overheid stuurt dan niet meer direct de particuliere organisaties; dat doen in feite de gebruikers. Terecht wijst Dekker er op dat de beschouwingen van Balkenende en Dolsma aansluiten bij die van Anheier.⁴⁷

Terzijde merk ik op dat het begrip maatschappelijke onderneming sociologisch geen eenduidige betekenis heeft. Zoals hierna in par. 1.5.1 aan de orde zal komen bij de vergelijking met buitenlandse rechtspersonen is er internationaal een zekere roep om het niet-kapitalistisch ondernemen meer te profileren. In deze geest wordt dit begrip dan ook gebruikt in het boek 'Maatschappelijk ondernemerschap' uit 1994.⁴⁸ Maatschappelijk ondernemerschap gaat dan om vernieuwing van onderaf, in tegenstelling tot sociale vernieuwing, die van de overheid uitgaat. Dat het bij het voorontwerp maatschappelijke onderneming met name gaat om vernieuwing van onderop zou ik niet willen zeggen.

Vraag is of deze maatschappelijke of beter door de politiek geïnitieerde ontwikkelingen ook effecten dienen te hebben op de privaatrechtelijke regeling van de particuliere organisatie. Sociale wetenschappers achten dat misschien wenselijk, maar juristen zijn meestal wat voorzichtiger. Deze benadering uitgaande van de mondige burger klinkt wel positief, maar gaat mijns inziens in ieder geval voor een deel voorbij aan de feitelijke situatie. Het oprichten en in stand houden van de hier bedoelde instellingen is een dermate ingewikkelde zaak, dat hierdoor op nationaal dan wel regionaal niveau overleg dient plaats te vinden. Het is de vraag of de gebruiker op de inkoopmarkt en de dienstverleningsmarkt zo'n grote rol vervult.⁴⁹ Dat op die markt de bestuurders van de instellingen zich als goede ondernemers opstellen, kan

⁴⁴ Dekker (zie noot 1), p. 298.

⁴⁵ Dekker (zie noot 1), p. 299.

⁴⁶ J.P. Balkenende en G. Dolsma, 'De maatschappelijke onderneming in de gezondheidszorg', *CDV* 2000, p. 67 e.v.

⁴⁷ Dekker (zie noot 1), p. 299-300.

⁴⁸ Onder redactie van S.P.M. de Waal, Th.N.M. Schuyt en P.A. Verveen, Bohn Stafleu van Loghum, p. 4 en 6.

⁴⁹ Vgl. W. van der Meeren en P. Frissen, 'Het ziekenhuis als maatschappelijke onderneming', *Bestuurskunde* 2006, p. 25, m.n. p. 29.

niet altijd worden gezegd.⁵⁰ Op een of andere manier vind ik het feit dat in het nieuwe stelsel de dienstontvangers degenen worden die keuzen maken voor bepaalde instellingen niet helemaal goed passen bij het voorstel om bij elke maatschappelijke onderneming een belanghebbendenvertegenwoordiging in te voeren. Waarom zou een belanghebbende gebruiker zich in zo'n vertegenwoordiging begeven als hij ook een andere instelling kan kiezen?

1.5.1 IETS OVER DE INTERNATIONALE CONTEXT

In het dossier betreffende de maatschappelijke onderneming wordt herhaaldelijk verwezen naar buitenlandse ontwikkelingen, waarbij de suggestie wordt gewekt dat er sprake is van een internationale trend, waarbij wij niet achter mogen blijven.⁵¹ Wanneer er buitenlandse rechtspersoonsvormen opkomen die zeer geschikt zijn voor publieke dienstverlening zouden deze ook met de Nederlandse rechtsvormen kunnen gaan concurreren. Dienstverlenende instellingen vallen, tenzij zij puur als uitvoerders van de overheid op subsidiebasis opereren, onder het Europese mededingingsrecht.⁵² Ook kunnen dienstverlenende ondernemers – die wel winst willen maken maar deze niet noodzakelijkerwijs willen uitkeren – een beroep doen op de vrijheid van vestiging.⁵³ Wanneer wordt gekozen voor financiering van de gebruiker in plaats van de dienstverlenende organisatie, is niet meer de kwestie aan de orde of het Europese aanbestedingsrecht van toepassing is. Zolang het gaat om de uitvoering van overheidsbeleid via subsidie door particuliere organisaties, is men niet onderworpen aan de regels van de vrije markt.⁵⁴ Het is dus wel van belang of Nederlandse instellingen die publieke diensten verlenen dit doen als uitvoerder van Nederlands overheidsbeleid of als ondernemer.⁵⁵

De buitenlandse ontwikkelingen voor wat betreft het non-profitondernemen zijn niet eenduidig. Zo kunnen non-profitorganisaties in Duitsland nauwelijks commerciële activiteiten ondernemen of met profit-ondernemingen samenwerken.⁵⁶ In Engeland is vanouds de non-profitsector minder afhan-

⁵⁰ W. Groot, 'Ondernemen gaat vaak verkeerd', *Zorgvisie* 2007/12 wijst er op dat ondernemers in de gezondheidszorg meer op omvang zijn gericht (fuseren) dan op het maatschappelijk belang.

⁵¹ Vgl. De Ru, p. 15 in Hoekstra (zie noot 15), p. 15

⁵² Aldus ook Balkenende en Dolstra (zie noot 46), p. 70-71.

⁵³ Zie hierover bijv. Karl Stöger, 'The freedom of establishment and the market access of hospital operators', *European Business Law Review* 2006, p. 1544, m.n. p. 1547.

⁵⁴ Zie art. 43 en 48 EG-Verdrag.

⁵⁵ Vgl. Dekker (zie noot 1), p. 293-294.

⁵⁶ E. Priller en A. Zimmer, 'Duitsland, groei en verandering van de derde sector', p. 179 e.v., m.n. p. 197 in Burger en Dekker (zie noot 1).

kelijk van de overheid en is men voor inkomsten afhankelijk van het verkopen van de diensten.⁵⁷

De internationale ontwikkelingen op het gebied van rechtspersoonsvormen kunnen dus van belang zijn. Ik wil daarom kort ingaan op de buitenlandse rechtspersoonsvormen die interessant zouden kunnen zijn. Er wordt gewezen naar België, Frankrijk en Italië waar rechtsvormen zijn ingevoerd voor ondernemingen met een sociaal oogmerk.

In die landen waren daar twee motieven voor. In de eerste plaats is in die landen de zogenaamde ‘economie sociale’ sterk vertegenwoordigd, een aan het socialisme verwante economische denkrichting die de bevordering van het welzijn van de bedrijfsgenoten op niet-kapitalistische wijze op de kaart heeft gezet. Dat is heel duidelijk het geval bij de Belgische Vennootschap met Sociaal Oogmerk. Bij bedrijven die vanuit de sociale economie werken heeft (onder meer) arbeid voorrang voor kapitaal, is er democratische besluitvorming en gerichtheid op duurzaamheid.⁵⁸ In de tweede plaats ontbreken er in die landen niet-vennootschappelijke rechtsvormen waarin ondernemingen gedreven kunnen worden. De vereniging en stichting in die landen kunnen niet of beperkt worden gebruikt voor ondernemingsactiviteiten.⁵⁹ In Frankrijk is er sinds 2001 de *Société Coopérative d'Intérêt Collectif*.⁶⁰ In Italië heb je sinds kort de sociale coöperaties, die bedoeld zijn voor de emancipatie van de minder bedeelden.⁶¹ Daarnaast is er de *organizzazione non lucrativa di utilità sociale*. Dit is een predikaat dat kan worden verleend aan verenigingen, stichtingen, coöperaties, comités. Het is dus niet zelf een rechtspersoonsvorm.⁶²

Veelal zijn de nieuwe rechtspersoonsvormen bedoeld voor niet-kapitaalcrachtigen die een rechtspersoonsvorm wordt aangeboden met bepaalde fiscale voordelen. Anders dan de maatschappelijke onderneming zijn die rechtspersoonsvormen niet specifiek gericht op maatschappelijke belangen, noch hebben de belanghebbenden daarin een structurele plaats. Het gaat vooral om werkenden een volwaardige plaats in de onderneming te geven. Een bijkomend punt is dat deze ‘sociale’ rechtsvormen soms ook de moge-

⁵⁷ Zie nader voor de Engelse ontwikkelingen: J. Kendall, p. 207 e.v., in Burger en Dekker (zie noot 1).

⁵⁸ M. Deneff c.s., *VZW en stichting*, Brugge: Die Keure 2005, p. 19.

⁵⁹ M. Deneff (zie noot 58), p. 26 e.v.

⁶⁰ Door De Ru c.s. (zie noot 25), p. 49-50, worden andere niet ter zake doende rechtsvormen genoemd. Vgl. hierover Van Veen in Hoekstra (zie noot 15), p. 19 die enkele andere toepasselijke maar niet zo nieuwe vormen noemt.

⁶¹ Vgl. Antonio Thomas, ‘The rise of social cooperatives in Italy’, *Voluntas* 2004, p. 243 ff.

⁶² Zie Van Veen in Hoekstra (noot 15), p. 19.

lijkheid bieden om – in beperkte mate – winst uit te keren. Dit geldt voor de Belgische Vennootschap met een sociaal oogmerk.⁶³ Ook de coöperaties lenen zich daarvoor.

Engeland kan hier ook worden genoemd, niet met de *charity* of de trust (dat zijn geen rechtspersoonsvormen), maar met de *community interest company*.⁶⁴ Dit is een company (*limited by shares or by guarantee*) waarvan het vermogen gebruikt wordt voor het – meestal plaatselijke – algemeen belang en de eventuele winst niet mag worden uitgekeerd aan aandeelhouders.⁶⁵ Om *community interest company* te worden heeft men goedkeuring nodig van de overheid (*CIC-regulator*).⁶⁶ Hierbij dient men te beseffen dat in het Verenigd Koninkrijk de vereniging en stichting als rechtspersoonsvormen ontbreken.

Al met al zijn bovenvermelde buitenlandse rechtsvormen niet specifiek gericht op het type ondernemingen waarvoor de maatschappelijke onderneming is bedoeld – maar meer op ondernemen op niet kapitalistische wijze in het algemeen – en is de inrichting ook niet vergelijkbaar met die van de maatschappelijke onderneming.

Meer gelijkenis met de maatschappelijke onderneming vertoont de Tsjechische rechtspersoon met sociaal doel, ook wel algemeen nutinstelling genoemd.⁶⁷ Volgens De Ru is dit niet een privaatrechtelijke maar ook niet een publiekrechtelijke rechtspersoon. Dit lijkt mij evenwel geen juiste voorstelling van zaken. De algemeen nutinstelling is vooral bedoeld voor de privatisering van gesubsidieerde of anderszins door de overheid gefinancierde organisaties.⁶⁸ Zij wordt door particulieren of rechtspersonen opgericht en is grotendeels aan dezelfde regels onderworpen als de stichting. Het is zeker geen publiekrechtelijke rechtspersoon. Qua doelstelling en inrichting komt

⁶³ Zie A.C.W. Pijls, 'De Belgische Vennootschap met Sociaal Oogmerk', *Ondernemingsrecht* 2007, 181, p. 607 e.v.

⁶⁴ De Ru c.s. (zie noot 25), schrijven hierover op p. 56. Het was toen nog een wetsontwerp.

⁶⁵ Strikt genomen is in de Company Law slechts toegevoegd dat deze zogeheten '*asset lock*' wordt toegelaten – in afwijking van het vennootschapskenmerk dat de winst de aandeelhouders ten goede komt –, maar gezien de bedoeling van deze rechtsvorm zal dit steeds gebeuren. De *CIC-regulator* zal – and social enterprise, *The Modern Law Review* 2004, p. 632 e.v., m.n. 650 e.v.

⁶⁶ De *CIC-regulator* heeft een eigen website: <www.cicregulator.gov.uk>.

⁶⁷ Zie De Ru c.s. (zie noot 25), p. 51-52; ontleend aan Peter Pajas, 'Recent development of the laws regulating not-for-profit organizations in the Czech Republic', *The International Journal of Not-for-profit Law*, volume 2, issue 4. Zie over deze rechtsvorm uitbreider T.J. van der Ploeg, 'Tsjechische en Nederlandse wetgeving betreffende non profitorganisaties met het oog op een civil society in Europa', *S&V* 2002, p. 146 e.v.

⁶⁸ Peter Pajas (zie noot 67), p. 2.

deze aardig met de maatschappelijke onderneming overeen; ze heeft alleen geen belanghebbendenorgaan. Kenmerk van de algemeen nutinstelling⁶⁹ is dat deze algemeen maatschappelijke diensten verleent voor het algemeen publiek onder gelijke termen en voorwaarden voor alle cliënten en dat haar eventuele winst niet aan de oprichters, orgaanbemanners of werknemers ten goede mag komen, maar moet dienen om de maatschappelijke dienstverlening te verzorgen waarvoor de instelling is opgericht. De algemeen nutinstelling heeft vrijwillig of onder bepaalde omstandigheden verplicht een raad van toezicht. Er is sprake van een maatschappelijke (openbare) verslaglegging. Een rechtspersoon met sociaal doel mag geen aandelen hebben of een belang in een onderneming. Een stichting mag dat wel. De belanghebbenden hebben geen medezeggenschap, maar zij kunnen bij vermeende fraude een beroep doen op de rechter om maatregelen te nemen. Deze vernieuwing in het Tsjechische recht heeft als duidelijke oorzaak de overgang van het communistische naar het kapitalistische stelsel en de wens om publieke dienstverleners niet kapitalistisch te privatiseren.

1.6 Tussenstand 1

Wanneer we de bestaande situatie op het terrein van de publieke dienstverlening bezien lijken er niet veel misstanden te zijn. Privaatrechtelijke organisaties in de vorm van verenigingen en stichtingen – en soms coöperaties – verlenen de diensten. Hun besturen zijn goeddeels geprofessionaliseerd. In de verschillende sectoren is geëigende regelgeving, deels wettelijk en deels op basis van zelfregulering met betrekking tot een raad van toezicht en een ‘cliëntenraad’. Er is internationaal meer oog voor het ondernemen op niet-kapitalistische grondslag. Daarvoor worden in andere landen in verband met beperkende wetgeving ten aanzien van verenigingen en stichtingen nog wel eens nieuwe soorten rechtspersonen gecreëerd, maar die noodzaak is er in Nederland niet. Blijkbaar wordt er echter in de politiek een sterke behoefte gevoeld om een ombuiging van het zorgstelsel, waardoor de nadruk meer op de verhouding cliënt-dienstverlenende organisatie komt te liggen dan op die tussen de overheid en die organisatie gepaard te doen gaan aan de invoering van een nieuwe rechtspersoonsoort, de maatschappelijke onderneming. In het volgende hoofdstuk zal ik deze op zijn rechtspersonenrechtelijke merites bezien.

⁶⁹ In het Engels is de term *public benefit corporation*. Omdat het niet om een ledenverband gaat, is corporatie eigenlijk geen goed woord – meent ook mevr. Adamkova die ik voor het artikel genoemd in noot 63 raadpleegde. De aanduiding ‘*institution*’ (‘instelling’) achtte zij wel gepast.

2. Enkele rechtspersonenrechtelijke aspecten van de maatschappelijke onderneming met de nadruk op de belanghebbendenvertegenwoordiging

2.1 *Inleiding*

De in par. 1.4 en begin 1.5 gesignaleerde politieke trend dat de overheid een minder sturende rol ten aanzien van wat burgers voor publieke dienstverlening ontvangen zal gaan spelen en dat de burgers en de particuliere organisaties hun eigen verantwoordelijkheden kunnen dragen heeft uiteindelijk geleid tot een voorontwerp van wet inzake de maatschappelijke onderneming.⁷⁰ In dit hoofdstuk bespreek ik het voorontwerp betreffende de maatschappelijke onderneming. Na het aanhalen van enige voorgeschiedenis (2.2), bespreek ik beknopt het voorontwerp als geheel (2.3). Daarop volgt mijn rechtspersonenrechtelijk en ondernemingsrechtelijk commentaar op de grote lijnen van het voorontwerp (2.4). In 2.5 maak ik een excurs naar de vraag of de maatschappelijke onderneming niet eerder een publiekrechtelijke rechtspersoon had moeten zijn. Vervolgens ga ik dieper in op de belanghebbendenvertegenwoordiging (2.6) en geef ook daarover een beoordeling.

2.2 *De maatschappelijke onderneming als rechtspersoonsvorm; enige voorgeschiedenis*

Gebruikten Balkenende en Dolsma⁷¹ het begrip maatschappelijke onderneming vanuit bestuurskundig perspectief, dit werd binnen het CDA door een studie van De Ru c.s. naar de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming veel meer privaatrechtelijk ingekleurd.⁷² In het kader van het beleidsprogramma 'Bruikbare rechtsorde'⁷³ heeft de Commissie-Wijffels nadere voorstellen gedaan, met name om wijzigingen aan te brengen in het rechtspersonenrecht.⁷⁴ De kern van het programma Bruikbare rechtsorde is om de verhouding tussen overheid en burgers te verbeteren en de regeldruk voor de burgers te verminderen en zo mogelijk de regeldichtheid te verminderen. De Commissie-Wijffels moest onderzoeken welke vormgeving de semipublieke

⁷⁰ Zie Rapport van de projectgroep rechtsvorm maatschappelijke onderneming (Commissie-Wijffels), p. 7.

⁷¹ Zie noot 46.

⁷² De Ru c.s. (zie noot 25), tevens onderdeel 4 van *Investeren in de samenleving*, Wetenschappelijk Instituut CDA 2005.

⁷³ Over de bruikbare rechtsorde kritisch, J.G.G.M. Galle, *NJB* 2006, 112, p. 147.

⁷⁴ Rapport (zie noot 70).

instellingen beter in staat stellen aan hun maatschappelijke verantwoordelijkheid vorm te geven. Daarbij sluit het rapport aan bij het WRR-rapport: ‘Bewijzen van goede dienstverlening’, 2004 en het SER-rapport, ‘Ondernemerschap voor de publieke zaak’, 2005.⁷⁵ De projectgroep (Commissie-Wijffels) bepleit na afweging van de alternatieven: certificering, een gemeenschappelijk beleidskader voor sectoraal overheidsbeleid en een modaliteit van een bestaande rechtsvorm, de keuze voor een aparte rechtsvorm. Dit wordt zelfs onderdeel gemaakt van het regeerakkoord. Op 12 juli 2007 wordt een voorontwerp inzake de maatschappelijke onderneming aan het veld voorgelegd ter consultatie. De keus voor dit alternatief ligt niet zonder meer voor de hand. De weerklank wordt voornamelijk in politieke kring gevonden, in het veld en ook onder privatisten is deze er in feite niet.⁷⁶

2.3 *Beknopte weergave van de regeling van de maatschappelijke onderneming in het voorontwerp*

Een maatschappelijke onderneming is een bij notariële akte opgerichte – privaatrechtelijke – rechtspersoon die specifiek en uitsluitend op een bepaald maatschappelijk belang gericht moet zijn, een of meer ondernemingen of instellingen in stand moet houden en niet ten doel mag hebben het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen noch ook aan anderen, tenzij wat deze laatsten betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben (art. 307a).⁷⁷ De wet kent een tamelijk dwingende organisatorische inrichting voor de maatschappelijke onderneming. Er is een bestuur, dat na oprichting door de raad van toezicht wordt benoemd en ontslagen, eventueel na bindend advies van de belanghebbendenvertegenwoordiging.⁷⁸ De raad van toezicht bestaat uit ten minste drie natuurlijke personen, die zij zelf benoemt aan de hand van een door haar opgestelde openbare profielschets. De taak van de raad van toezicht is ongeveer gelijk aan die van de raad van commissarissen in een NV/BV,⁷⁹ met dit verschil dat de raad van toezicht zich ook moet richten op het maatschappe-

⁷⁵ Zie rapport (zie noot 70), waarover T.E. Lambooy, *Ondernemingsrecht* 2006, 198, p. 623 e.v.

⁷⁶ Zie bijv. J. Nijland (zie noot 24), p. 66, de bijdragen van Dortmund, Zaman, Holtzer en Bier en de reacties uit het veld, samengevat door E.C. Helder in het themanummer van *Ondernemingsrecht* 2007, afl. 16. Zie ook Van Veen (zie noot 15) en Galle (zie noot 14). Opvallend is dat de commissie Venootschapsrecht het voorstel voor een nieuwe rechtsvorm nuttig vindt. Zie Rapport (noot 70), p. 39. Een negatieve reactie uit het veld komt ook van S. van der Vusse en R. Kösters, ‘Overbodige rechtsvorm’, *Zorgvisie* 2007, p. 33.

⁷⁷ Zie over het verbod tot winstuitkering en het mogelijk in de toekomst openstellen van winstuitkering bij zorginstellingen hierna par. 3.5.

⁷⁸ Art. 307i.

lijk belang dat de onderneming wil behartigen. De raad van toezicht heeft een goedkeuringsrecht ten aanzien van belangrijke onderwerpen waarover het bestuur besluit, vergelijkbaar met de besluiten die de raad van commissarissen in een structuur-NV/BV moet goedkeuren.⁸⁰ De bepaling over de statutenwijziging (art. 307f) is letterlijk hetzelfde als art. 2:293 BW.

Wat betreft het besturen is art. 307g duidelijk dirigistischer dan bij de vereniging en stichting (en NV/BV). Bestuursbesluiten kunnen alleen worden onderworpen aan goedkeuring door een orgaan van de maatschappelijke onderneming. Zie nader par. 2.4.2.

Het belangrijkste recht van de belanghebbendenvertegenwoordiging is het recht om te adviseren ten aanzien van alle besluiten, ten aanzien waarvan de raad van toezicht goedkeuring moet geven.⁸¹ Volgt het bestuur het advies van de belanghebbendenvertegenwoordiging niet op, dan kan de vertegenwoordiging een beroep doen op de Ondernemingskamer, op dezelfde wijze en met dezelfde sancties als de ondernemingsraad heeft in art. 25-26 WOR.⁸² Ook ten aanzien van het strategisch beleid bestaat een adviesbevoegdheid (art. 307o lid 3).

Ten slotte wordt het enquêterecht toepasselijk op de maatschappelijke onderneming. De belanghebbendenvertegenwoordiging krijgt het recht om een enquêteverzoek in te dienen. Zie over de belanghebbendenvertegenwoordiging nader par. 2.6.

2.4 *Rechtspersonenrechtelijk en ondernemingsrechtelijk commentaar*

Het voorontwerp heeft een aantal kenmerken die afwijken van wat in het rechtspersonenrecht gangbaar is, terwijl er ook een aantal bepalingen is die systematisch onlogisch zijn.

Om te beginnen met de bijzondere kenmerken. Bij de rechtspersoonsvormen in Boek 2 BW wordt niet verwezen naar een bepaald belang dat moet worden gediend. Uitgangspunt is dat de rechtspersoon binnen de wettelijk mogelijke grenzen zijn doel moet trachten te verwezenlijken.

⁷⁹ Vgl. art. 307j met art. 2:140/250 lid 2 BW.

⁸⁰ Vgl. art. 307m met art. 2:164/274 BW.

⁸¹ Uitgezonderd zijn art. 307m lid g en h, die de werknemers betreffen.

⁸² Zie art. 307p.

2.4.1 HET MAATSCHAPPELIJK BELANG

In het voorontwerp wordt voorgeschreven dat er een onderneming moet zijn⁸³ die zich statutair ten doel stelt diensten te leveren of werkzaamheden te leveren die *specifiek en uitsluitend op het daarmee gediende maatschappelijk belang* zijn gericht (zie art. 307 lid 1). Er kunnen in principe een oneindig aantal maatschappelijke belangen worden geformuleerd. Mag een maatschappelijke onderneming meer maatschappelijke belangen dienen? Het zal toch niet zo zijn dat de wetgever met ‘specifiek’ maatschappelijk belang de maatschappelijke onderneming in haar ondernemingsactiviteiten wil beknotten. Wat de precieze betekenis is van de verwijzing naar het maatschappelijk belang is, is niet duidelijk. De garantie dat een dienstverlenende instelling op het maatschappelijk belang gericht is, zal men toch in de eerste plaats ontlenen aan het verbod tot winstuitkering. De keuze voor een nieuwe privaatrechtelijke rechtspersoon die op een maatschappelijk belang is gericht, is echter o.a. ook gemaakt omdat deze door het ingebouwde maatschappelijke belang ‘zelfsturend’ is.⁸⁴ Dat is in beperkte zin waar, maar het is hoe dan ook een overtrokken gedachte dat de overheid door middel van een privaatrechtelijke rechtspersoon haar publiekrechtelijke doelen zou kunnen bereiken. Door een privaatrechtelijke rechtspersoonsvorm kunnen de daarmee toegestane doelen worden bereikt. Of zij zullen worden bereikt hangt geheel af van de bemanning van de organen van die rechtspersoon en, niet te vergeten, de werknemers die de uitvoering van het doel ter hand nemen.

De vraag is welke juridische betekenis dit maatschappelijke belang – naast het doel – privaatrechtelijk heeft. Het in strijd handelen met het statutaire doel of statutaire maatschappelijke belang kan leiden tot vernietiging van besluiten wegens strijd met de statuten door bij de rechtspersoon betrokkenen en tot aansprakelijkheid van bestuurders door de rechtspersoon. Is dit wel passend bij een zo diffuus begrip als maatschappelijk belang? Belangrijker nog is de suggestie dat een extern belang (het maatschappelijk belang) tot een maatstaf wordt voor het handelen door de organen van de rechtspersoon. Het belang van de rechtspersoon kan echter niet samenvallen met dit externe belang.⁸⁵ Bovendien, hoe moet de rechter beoordelen of een besluit/handelen van de maatschappelijke onderneming in strijd is met het

⁸³ Onduidelijk is wat er gebeurt als de maatschappelijke onderneming nog geen of niet meer (een) onderneming heeft.

⁸⁴ Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, *Ondernemingsrecht* 2007, 176, p. 585 e.v.

⁸⁵ Zie over het belang van de instelling ook Dijk en Schepel (zie noot 8), p. 41.

maatschappelijk belang? Welke maatstaven zijn daarvoor? Mijns inziens kan de rechter dus slechts zeer marginaal toetsen dat een besluit kennelijk in strijd is met het maatschappelijk belang (vergelijkbaar met strijd met het doel). Dat men besluiten van privaatrechtelijke rechtspersonen, die niet door de overheid worden overheerst, zou gaan toetsen aan publiekrechtelijke beginselen, gaat mij te ver.⁸⁶ Art. 3:14 BW biedt daar mijns inziens ook geen aanknopingspunt voor.⁸⁷ Een echte meerwaarde van het statutair opnemen van het maatschappelijk belang zie ik eigenlijk niet. Zie ook de passage aan het eind van de volgende alinea.

2.4.2 HET BEGRIIP ORGAAN EN DE VRIJHEID OM ORGANEN IN TE STELLEN

Een volgend punt betreft het begrip *orgaan*. In het algemene rechtspersonenrecht is een orgaan een instantie die ingevolge de statuten voor de rechtspersoon een bindende beslissing kan nemen.⁸⁸ In het voorontwerp zijn volgens dit criterium het bestuur en de raad van toezicht orgaan. In art. 307g lid 2 staat dat besluiten van het bestuur bij of krachtens de statuten slechts kunnen worden onderworpen aan goedkeuring van een orgaan van een maatschappelijke onderneming. Uit art. 307o lid 7 blijkt dat het de bedoeling is dat ook de belanghebbendenvertegenwoordiging die goedkeuringsbevoegdheid statutair kan krijgen. Het begrip ‘orgaan’ wordt hier dus niet technisch correct gebruikt, omdat de belanghebbendenvertegenwoordiging geen bindende beslissing voor de rechtspersoon kan nemen. Dat men in een andere wet, zoals de Pensioenwet,⁸⁹ het begrip orgaan enerzijds ruimer (ook bij niet bindende beslissingsbevoegdheid), anderzijds beperkter (alleen instanties ‘binnen de rechtspersoon’) hanteert, zal goede redenen hebben, maar dat moet men dan buiten Boek 2 BW houden.⁹⁰

⁸⁶ Zie in andere zin M. Holtzer, ‘De medezeggenschap van de belanghebbendenvertegenwoordiging in de maatschappelijke onderneming’, *Ondernemingsrecht* 2007, 179, p. 597 e.v., m.n. p. 602.

⁸⁷ Zie Zijlstra (zie noot 36), par. 3.4.2, contra Scheltema/Scheltema, *Gemeenschappelijk recht* 2008, p. 68 en H.J. de Kluyver, ‘Overheidsstichting en overheidsaansprakelijkheid’, p. 85, in: S.C.J.J. Kortmann e.x. (red.), *Overheid en onderneming; tussen publiek en privaat ondernemen*, 1998.

⁸⁸ Zie Dijk/Van der Ploeg (zie noot 23), p. 93. Vgl. Asser/Van der Grinten/Maeijer (noot 25), nr. 37.

⁸⁹ Pensioenwet art. 108: statutaire bepaling waarin instemmingsrecht wordt toegekend aan een partij die geen orgaan is van het pensioenfonds is nietig. Zie hierover Blom, p. 635 e.v. in Lutjens (zie noot 19).

⁹⁰ Ik ben er dus ook niet voor dit principe voor de vereniging en stichting in het algemeen te laten gelden. Vgl. D.F.M.M. Zaman, ‘Bestuur en toezicht bij de maatschappelijke onderneming’ *Ondernemingsrecht* 2007, 178, p. 595.

Overigens, al is de belanghebbendenvertegenwoordiging geen orgaan, zij maakt wel deel uit van de statutaire organisatie. Dat betekent dat art. 2:8 BW ook voor de deelnemers aan deze raad gelden. Zij dienen de redelijkheid en billijkheid ten opzichte van de rechtspersoon en hen die van zijn organisatie deel uitmaken in acht te nemen en dus niet in strijd met het belang van de rechtspersoon te opereren. Op die basis kan (het bestuur van) de rechtspersoon eventueel een rechterlijk verbod of bevel uitlokken ten aanzien van het stemgedrag van belanghebbenden in de vergadering van de belanghebbendenvertegenwoordiging. Dit zou zelfs kunnen gelden met betrekking tot het instellen van het beroepsrecht en het indienen van een enquêteverzoek, al is de kans dat deze wordt toegewezen klein.

De *vrijheid* tot het statutair *instellen van organen* of commissies lijkt in dit voorontwerp sterk aan banden te worden gelegd. In Boek 2 BW wordt aan de privaatrechtelijke rechtspersonen de *vrijheid* gegeven om statutair andere dan de wettelijke *organen en commissies in te stellen*, zolang deze niet strijd opleveren met de wettelijke bepalingen. De wettelijke insteek bij de maatschappelijke onderneming lijkt te zijn dat slechts geoorloofd is, wat de wetgever toestaat; dat lijkt meer op een publiekrechtelijke dan op een privaatrechtelijke benadering. In art. 307q wordt bepaald dat de statuten andere raden kunnen instellen die het bestuur kunnen adviseren. Dit artikel suggereert in tegenstelling tot de gebruikelijke regeling van privaatrechtelijke rechtspersonen dat de statuten slechts organen/raden kunnen instellen voor zover de wet dit toestaat. Als de wetgever deze kant op gaat, zit hij mijns inziens in het verkeerde wetboek. Misschien bedoelt de wetgever wel te zeggen dat er naast de raad van toezicht en de belanghebbendenvertegenwoordiging niet nog een ‘orgaan’ mag komen dat goedkeuringsbevoegdheid heeft.⁹¹ Wat de precieze strekking van art. 307q is, is onduidelijk. De benadering in het voorontwerp ten aanzien van de organisatorische inrichting komt voor privaatrechtelijke rechtspersonen als wezensvreemd over. Dwingend is ten aanzien van deze adviesorganen voorgeschreven dat zij (naar ik aanneem gezamenlijk) slechts ten hoogste een derde van de leden van de belanghebbendenvertegenwoordiging kunnen benoemen. Ik zie het nut van deze beperking niet in. De oprichters of statutenwijzigers kunnen toch zelf wel nadenken over de verhouding tussen de belanghebbendenvertegenwoordiging en andere advies- (of andere) ‘organen’. Zie over de belanghebbendenvertegenwoordiging nader par. 2.6.

⁹¹ Vgl. Zaman (zie noot 90), p. 595.

2.4.3 OVERIGE ONDERWERPEN

Opvallend is dat in het voorontwerp de bepaling over *vertegenwoordiging* (307h) gelijk is aan die van de NV/BV en niet aan die van de vereniging en stichting. Dat wil zeggen dat iedere bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd is, tenzij statutair anders is bepaald. Mij lijkt deze regel bij de maatschappelijke onderneming minder goed passen, aangezien het maatschappelijk belang mijns inziens eist dat het gevaar van machtsmisbruik door een bestuurder zo klein mogelijk is. Het is wel terecht dat de vermogensbeschermingsbepaling zoals die voor vereniging en stichting geldt niet is opgenomen.⁹²

De maatschappelijke onderneming is qua type een variant van de stichting, een organisatie zonder leden. Daarbij zou passen dat net als bij de stichting (art. 2:298 BW), de bestuurders *wegens o.a. wanbestuur* op verzoek van belanghebbenden of het Openbaar Ministerie *door de rechtbank kunnen worden ontslagen*.⁹³ Het feit dat de raad van toezicht de bestuurders kan ontslaan (art. 307i lid 3), hetgeen ook bij veel stichtingen mogelijk is, maakt een dergelijke regel niet overbodig. Een dergelijke regel zou bij deze rechtspersoonsvorm, als variant op de stichting, mijns inziens heel passend zijn, ook al is er intern toezicht door de raad van toezicht. De mogelijkheid om zo van buitenaf via de rechter in te kunnen grijpen wanneer het fout gaat bij de maatschappelijke onderneming lijkt mij geen overbodige luxe. Zie verder par. 2.6.4 betreffende het enquêterecht.

Verder zijn er in het voorontwerp nog verschillende onderwerpen geregeld op (vrijwel) gelijke wijze als bij de stichting. Daarop ga ik in deze bijdrage niet in.

Tot zover opmerkingen vanuit de systematiek van Boek 2 BW. Dan zijn er nog wat bepalingen die ook binnen de systematiek van de maatschappelijke onderneming zelf onlogisch zijn. In de eerste plaats is het merkwaardig dat er *per onderneming* van een maatschappelijke onderneming een *afzonderlijke raad van toezicht* kan worden ingesteld. Dit maakt de verhouding tussen het bestuur en de raden van toezicht en van die raden onderling zeer onduidelijk. Een dergelijke constructie maakt de raad van toezicht meer een orgaan van de 'onderneming' dan van de rechtspersoon. Het doet denken aan de instelling van verschillende ondernemingsraden voor verschillende

⁹² Zie art. 2:44 lid 2 en art. 2:291 lid 2 BW. Voor de coöperatie geldt deze ook niet. Zie art. 2:53a BW.

⁹³ Vgl. O. Jongsma, 'Monster zonder waarde: de maatschappelijke onderneming', *NJB* 2008, 171, p. 217 e.v., m.n. p. 220.

ondernemingen van eenzelfde rechtspersoon. De ondernemingsraad adviseert de ondernemer ten aanzien van de onderneming; voor onderwerpen die voor meer ondernemingen spelen zijn er dan centrale- of groepsondernemingsraden.⁹⁴ Het koppelen van een raad van toezicht aan een onderneming zou moeten betekenen dat deze niet meer haar functies voor de hele rechtspersoon kan uitoefenen of dat alle raden van toezicht dit gezamenlijk doen. Hoe is het bedoeld en hoe moet het werken?

In de tweede plaats doet zich *hetzelfde* voor bij de *belanghebbendenvertegenwoordiging*, zoals uit art. 307o lid 2 blijkt. In de overige leden wordt er steeds vanuit gegaan dat er één belanghebbendenvertegenwoordiging is. Welke is dat dan bij twee of meer belanghebbendenvertegenwoordigingen?

Ten slotte kan ik het, hoewel het niet de kern van de zaak betreft, niet laten om enkele opmerkingen te maken over de gebruikte *terminologie*. De term ‘maatschappelijke onderneming’ sluit niet aan bij Boek 2 BW. Dit gaat over rechtspersonen en niet over ondernemingen. Het is verwarrend om het begrip onderneming te koppelen aan een soort rechtspersoon. In het voorontwerp zelf komt het woord onderneming nota bene in twee betekenissen voor. Het lijkt er zelfs op dat de wetgever de consequenties niet geheel heeft overzien.⁹⁵ Vanwege die verschillende betekenissen is het sowieso lastig om in deze helder te formuleren.⁹⁶

Ook de term belanghebbendenvertegenwoordiging vind ik een taalkundig monstrum. De term ‘belanghebbendenraad’ zou ik prefereren.

2.5 *De maatschappelijke onderneming eventueel als publiekrechtelijke rechtspersoon?*

Scheltema suggereert dat eventueel ook had kunnen worden gekozen voor een publiekrechtelijke rechtspersoonsvorm, een zbo. Zou het publiekrechtelijk rechtspersonenrecht beter ontwikkeld zijn geweest, dan was het wellicht minder voor de hand liggend geweest om een privaatrechtelijke vorm te kiezen, zo stelt hij.⁹⁷ Voor zover het gaat om verzelfstandiging van overheidsdiensten kan ik mij daar goed in vinden. Sterker nog, dit voorontwerp zou wellicht een opmaat kunnen zijn voor een publiekrechtelijke rechtspersoon,

⁹⁴ Art. 33 WOR.

⁹⁵ Zie de vorige alinea.

⁹⁶ M. Scheltema, ‘Het voorontwerp voor de maatschappelijke onderneming: een goed begin, maar nog onvoldragen’, *Ondernemingsrecht* 2007, 177, p. 587 e.v. suggereert op p. 590 ‘(maatschappelijke) fundatie’ of ‘fundatie voor algemeen nut’. Dat klinkt mij nogal ouderwets. ‘Maatschappelijke instelling’ zou wat kunnen zijn, maar die term duidt gewoonlijk meer op iets maatschappelijks dan iets juridisch.

⁹⁷ Scheltema (zie noot 96), p. 588.

waarin publiekrechtelijke dienstverleningsentiteiten kunnen worden verzelfstandigd.⁹⁸ Voor zover het echter gaat om een specifieke rechtspersoon voor semipublieke dienstverlening die tot nog toe in privaatrechtelijke vorm wordt uitgevoerd, acht ik de keus voor een publiekrechtelijke rechtspersoon niet voor de hand liggend. Het gaat om bestaande privaatrechtelijke organisaties, die voor de nieuwe vorm kunnen kiezen. Waarom zouden zij voor een publiekrechtelijke rechtsvorm kiezen? Naar ik aanneem zal dat niet zijn vanwege het ontbreken van aansprakelijkheid van bestuurders of de beperktere vertegenwoordigingsmogelijkheid. Voor de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen op relaties in en met privaatrechtelijke rechtspersonen bestaan slechts beperkte mogelijkheden.⁹⁹ Scheltema meent dat vanuit de publieke taak gezien er te veel ruimte wordt toegekend aan de oprichters van de instelling. Als ik het goed heb, zou hij zelfs wensen dat de statuten kunnen worden aangepast aan nieuwe inzichten op instigatie van de overheid(?). Hij zou zich ook kunnen voorstellen dat de oprichting niet geschiedt bij notariële akte maar in de vorm van een erkenningsbesluit voor de betreffende sector.¹⁰⁰ In het erkenningsbesluit, dat er nu ook moet zijn, kunnen dan een aantal regels worden opgenomen die anders in de statuten zouden staan. De rechtspersoonlijkheid zou dan ontstaan met het nemen van het erkenningsbesluit. Hier bepalen bestuursrechtelijke normen het al dan niet verkrijgen van de rechtspersoonlijkheid van een private organisatie. Die aanpak is inderdaad ver verwijderd van Boek 2 BW. Als men zo sturend vanuit de overheid bezig wil zijn omdat het een publieke taak betreft, zou een fatsoenlijk ingerichte publiekrechtelijke rechtspersoon beter zijn. De haalbaarheid van publieke doelen met publiekrechtelijke rechtspersonen is duidelijk groter dan met privaatrechtelijke rechtspersonen.¹⁰¹ In een democratische pluriforme samenleving acht ik deze aanpak ten aanzien van de publieke dienstverlening niet de gewenste.

2.6 *De belanghebbendenvertegenwoordiging*

Mij is gevraagd speciale aandacht te besteden aan de belanghebbendenvertegenwoordiging in het voorontwerp. In deze paragraaf ga ik hier nader op in. In de eerste plaats zie ik nader wie belanghebbenden zijn of kunnen zijn bij een maatschappelijke onderneming (2.5.1). Daarna zie ik nader de samenstelling en de bevoegdheden van de belanghebbendenvertegenwoordi-

⁹⁸ Vgl. de algemeen nutinstelling in Tsjechië; zie par.1.5.1.

⁹⁹ Zie Zijlstra (zie noot 36), par. 3.4 e.v.

¹⁰⁰ Scheltema (zie noot 96), p. 591.

¹⁰¹ Blijkbaar kent men in België een NV van publiekrecht waarvan de winsten voor publieke doelen moeten worden gebruikt; zie J. Nijland (zie noot 24), p. 66.

ging (2.5.2). In 2.5.3 trek ik conclusies ten aanzien van de belanghebbendenvertegenwoordiging, ook in haar functie om het overheidstoezicht te verminderen.

2.6.1 WIE ZIJN DE BELANGHEBBENDEN?

De Ru c.s. gaven aan dat de vraag wie als belanghebbenden zijn aan te merken in de eerste plaats een politieke vraag is. De wetgever zal bepalen voor welke groepen personen welke betrokkenheid wordt geregeld. Denkbaar is dat de wetgever de maatschappelijke onderneming zelf (enige) vrijheid laat.¹⁰² De wetgever heeft aan de (oprichters van de) maatschappelijke onderneming die vrijheid zelfs geheel gelaten. Wie de belanghebbenden zijn hangt geheel af van de statuten. Er zal een verband (moeten) zijn met het maatschappelijk belang dat gediend wordt. In het voortraject naar dit voorontwerp is men tamelijk vaag over wie belanghebbenden kunnen zijn. Er kan worden onderscheiden tussen interne belanghebbenden, zoals cliëntenraad, ouder-/verwantenraad, ondernemingsraad, medische staf, en externe belanghebbenden, zoals: gemeenten, zbo's, patiënten/cliëntenvertegenwoordigingen, andere zorgorganisaties en zorgaanbieders. Ik heb de indruk dat De Ru c.s. niet meenden dat de externe belanghebbenden in de belanghebbendenvertegenwoordiging zouden zitting nemen.¹⁰³ Later laat hij het enigszins open.¹⁰⁴ Nu de maatschappelijke onderneming volgens het voorstel zelf mag bepalen wie de belanghebbenden zijn, staat niets er aan in de weg om alleen de afnemers/cliënten en dergelijke als belanghebbenden op te voeren. De representativiteit die moet gelden voor de belanghebbendenvertegenwoordiging (zie art. 307o lid 1) betreft de statutaire belanghebbenden en niet de andere mogelijke (externe) belanghebbenden.¹⁰⁵ Men zou ook nog de subsidiërende of controlerende overheid, crediteuren, werknemers als belanghebbenden kunnen beschouwen. Omdat deze hun belangen echter al op andere wijze ten opzichte van de rechtspersoon kunnen behartigen, dienen deze mijns inziens niet als belanghebbenden in de zin van art. 307c te worden begrepen.

Zo lijkt het dus mogelijk te zijn dat als maatschappelijk belang een bepaald belang van een bepaalde groepering wordt genoemd, bijvoorbeeld

¹⁰² De Ru c.s. (zie noot 25), p. 72.

¹⁰³ De Ru c.s. (zie noot 25), p. 35.

¹⁰⁴ Zie De Ru, p. 14 in Tj. Hoekstra (zie noot 15).

¹⁰⁵ De vraag is of het bestuur met recht de representativiteit van het belanghebbendenvertegenwoordiging ter discussie kan stellen, als er van de benoemden slechts enkelen functioneren. Vgl. HR 6 april 2001, *NJ* 2001, 325 in verband met de eis van representativiteit van de cliëntenraad in de WMCZ.

bejaardenzorg ten behoeve van Jehova's Getuigen, Remonstranten of Limburgers. De maatschappelijke onderneming kan dus nog wel degelijk een eigen 'identiteit' hebben die bepaalt van waaruit zij werkt en/of op wie zij zich richt.¹⁰⁶

2.6.2 SAMENSTELLING EN BEVOEGDHEDEN VAN DE BELANGHEBBENDEN- VERTEGENWOORDIGING

Ook de samenstelling van de belanghebbendenvertegenwoordiging is geheel in handen van de oprichters.¹⁰⁷ De vertegenwoordigers in de belanghebbendenvertegenwoordiging kunnen dus personen zijn die het bestuur of de raad van toezicht heeft geselecteerd of personen die door een statutair aangeduide groep cliënten zijn gekozen. De vertegenwoordiging dient wel representatief te zijn voor de statutair genoemde belanghebbenden. Zullen er belanghebbenden te vinden zijn die zich zo intensief als in dit voorontwerp met het reilen en zeilen van de maatschappelijke onderneming willen bemoeien? In de zorg is het moeilijk om (genoeg) goede deelnemers voor de cliëntenraad te vinden.¹⁰⁸ Zelfbewuste cliënten zullen vooral de voor hen beste instelling zoeken en, als de betreffende instelling dat niet blijkt te zijn, een andere zoeken.

Een belanghebbendenvertegenwoordiging met externe belanghebbenden acht ik ongewenst. Voor wat betreft de externe belanghebbenden, zoals gemeenten, zbo's en collega-instellingen of dienstverleners op aangrenzende gebieden, is het vooral van belang dat zij door het bestuur van de rechtspersoon worden geraadpleegd. Een wettelijke bepaling die de rechtspersoon verplicht daarvan verslag te doen, zou wellicht geen kwaad kunnen. Ook zonder zo'n wettelijke plicht, vindt dit overleg mijns inziens wel in voldoende mate plaats. Wanneer externe belanghebbenden benadeling vrezen van het optreden van een dienstverlenende instelling, kunnen ze zelf contact met deze opnemen. Zo nodig kan via onrechtmatige daadsacties of anderszins een belangenconflict worden opgelost. Waarom zou men hen een interne adviesfunctie geven? En moeten collega-instellingen elkaar wederzijds in de belanghebbendenvertegenwoordiging een plaats geven? Wordt dat niet een wat onfrisse bedoening? Gaat het hier nog over ondernemen? Zijn de

¹⁰⁶ Onderneming-zijn en identiteitsgebonden instelling zijn hoeven elkaar niet te bijten. Vgl. enigszins anders Dekker (zie noot 1), p. 298.

¹⁰⁷ Holtzer (zie noot 86), p. 599 vraagt aandacht voor het feit dat hiervoor dus andere dan bij de samenstelling van de ondernemingsraad een uitgebreide zelf te ontwerpen statutaire regeling nodig is.

¹⁰⁸ Zie ad noot 15 hiervoor.

belangen van de cliënten wel in een raad te brengen met de belangen van deze externe belanghebbenden?

De taken van de medezeggenschapsraad in het onderwijs – met interne belanghebbenden – zijn dezelfde als die in het voorontwerp ten aanzien van de belanghebbendenvertegenwoordiging.¹⁰⁹ De Onderwijsraad gaat er vanuit dat de medezeggenschapsregelingen ook kunnen blijven gelden als er wordt gekozen voor de nieuwe rechtsvorm, de maatschappelijke onderneming.¹¹⁰ Dat wil dus zeggen dat de belanghebbendenvertegenwoordiging dan bestaat uit interne belanghebbenden. In het kader van de onderwijswetgeving is al ervaring opgedaan met een orgaan waarin vertegenwoordigers van verschillende interne belangen zitting hebben. Dit gaf grotendeels problemen en thans hebben de verschillende geledingen dan ook naast de gezamenlijke ook eigen medezeggenschapsrechten.¹¹¹

Het kan bovendien gemakkelijk gebeuren dat een externe belanghebbende belang heeft bij de transactie waarover de belanghebbendenvertegenwoordiging advies moet geven. Dit soort situaties moet men vermijden. Kortom, ik weet niet of de bedoeling van het invoeren van deze nieuwe rechtsvorm gediend is met een zo grote vrijheid ten aanzien van de samenstelling van de belanghebbendenvertegenwoordiging. Daarbij komt dat een uniforme regeling voor een belanghebbendenvertegenwoordiging waarvan meer soorten belanghebbenden deel kunnen uitmaken, zoals in voorontwerp, sowieso te grof is.

2.6.3 DE BEVOEGDHEDEN VAN DE BELANGHEBBENDENVERTEGENWOORDIGING

Hoe vaag moge zijn wie de belanghebbendenvertegenwoordiging zullen vormen, de bevoegdheden van dit 'orgaan' zijn helder en grotendeels dwingend in het voorontwerp bepaald.

Eerst bespreek ik een bepaling van regelend recht betreffende de benoeming van leden van de raad van toezicht. De belanghebbendenvertegenwoordiging kan ten aanzien daarvan statutair een bindend voordrachtsrecht verkrijgen (art. 307i lid 2). Er is dus niet een wettelijke verplichting, zoals bijvoorbeeld in WMCZ.

¹⁰⁹ Vgl. art. 11 en 17 Wet Medezeggenschap op Scholen.

¹¹⁰ *De maatschappelijke onderneming als rechtsvorm in het onderwijs*, Onderwijsraad oktober 2007, p. 18-19.

¹¹¹ Zie hierover uitgebreid C.H.C. Overes, *Besturen en medezeggenschap in het bijzonder onderwijs*, proefschrift VU, 1995, p. 121 e.v., m.n. p. 151-152.

Als deze bevoegdheid in de statuten aan de belanghebbendenvertegenwoordiging is toegekend en er ook een ondernemingsraad is, komt het vreemd voor dat niet ook deze zo'n bindend adviesrecht krijgt. Bij de structuur-BV/NV¹¹² heeft de ondernemingsraad een zwaarwegend aanbevelingsrecht ten aanzien van de benoeming van leden van de raad van commissarissen.¹¹³ Overigens is de status van een bindend voordrachtsrecht niet duidelijk. Bij de vereniging c.s. kan de algemene vergadering het bindend karakter aan een bindende voordracht ontnemen met ten minste twee derde van de stemmen.¹¹⁴ Bij de structuurregeling zal uiteindelijk de ondernemingskamer erbij geroepen worden wanneer de raad van commissarissen bezwaar maakt tegen de door de ondernemingsraad bindend voorgedragen kandidaat wegens ongeschiktheid, maar de ondernemingsraad volhardt.¹¹⁵ Hoe dit bij de maatschappelijke onderneming zal moeten gaan, is onduidelijk.

Dan de adviesbevoegdheden. De belanghebbendenvertegenwoordiging mag eenmaal per jaar advies uitbrengen over het strategisch beleid (art. 307o lid 3). Zij mag advies geven over belangrijke onderwerpen waarover de raad van toezicht goedkeuring moet geven en over andere onderwerpen die in de statuten zijn genoemd (art. 307o lid 4).

Wanneer het bestuur het advies niet opvolgt, kan de belanghebbendenvertegenwoordiging in beroep bij de ondernemingskamer. De regeling is vrijwel identiek aan art. 25-26 WOR (zie art. 307o lid 5 en 6 en 307p).¹¹⁶

In de statuten kan worden bepaald dat voor bepaalde besluiten het bestuur goedkeuring behoeft van de belanghebbendenvertegenwoordiging. Indien het besluit niet wordt goedgekeurd, is het besluit volgens de algemene regels van het rechtspersonenrecht nietig. Dit heeft echter geen externe werking.¹¹⁷ Tegen het besluit van het bestuur zonder goedkeuring van de belanghebbendenvertegenwoordiging kan de laatste echter opkomen bij de ondernemingskamer hetgeen tot duidelijke sancties kan leiden. Zie lid 5 van art. 307p, welbekend van art. 26 WOR.

Ten slotte verkrijgt dit orgaan het enquêterecht. Zie voorontwerp art. G: nieuw art. 2:346 c, waarover nader in par. 2.6.4.

¹¹² Bij de structuurcoöperatie heeft de ondernemingsraad een bezwaarrecht: zie art. 2:63f lid 6 e.v. BW.

¹¹³ Zie art. 2:158/268 lid 6-8 BW.

¹¹⁴ Art. 2:37 lid 5 BW.

¹¹⁵ Art. 2:158 lid 6 en 7 BW.

¹¹⁶ Er ontbreken ook een aantal onderwerpen die er wel zouden passen. Motivering hiervoor ontbreekt. Zie: Holtzer (zie noot 86), p. 599.

¹¹⁷ Zie ook art. 307m lid 2.

De besluiten ten aanzien waarvan de belanghebbendenvertegenwoordiging bevoegdheden heeft zijn besluiten die bij privaatrechtelijke organisaties, met name vennootschappen, van belang zijn – en dan nog niet eens alle –,¹¹⁸ maar niet de uitvoering van de publieke taken, zo stelt Scheltema.¹¹⁹ De belanghebbendenvertegenwoordiging zou bevoegdheden moeten hebben ten aanzien van het inhoudelijke beleid van het bestuur van de maatschappelijke onderneming en ter waarborging van de kwaliteit van de dienstverlening. Deels vallen mijns inziens de in art. 307m genoemde onderwerpen hier wel onder, maar het is inderdaad de vraag welke serieuze rol de belanghebbendenvertegenwoordiging bij de grote economische beslissingen kan spelen. Zij kan niet meer dan de belangen van betrokkenen naar voren brengen. Een belanghebbendenvertegenwoordiging garandeert dus niet dat er een afgewogen beleid ontstaat.¹²⁰

Op het uitgebreide terrein waarop publieke dienstverlening door private organisaties plaatsvindt, kon de wetgever geen verantwoorde omschrijving van de belanghebbenden maken uit wie een belanghebbendenvertegenwoordiging zou kunnen worden samengesteld. Anderzijds worden in het voorontwerp wel aan alle belanghebbendenvertegenwoordigingen ten aanzien van dezelfde onderwerpen adviesrechten (eventueel goedkeuringsrechten) gegeven. Deze bevoegdheden liggen veelal op economisch vlak en veel minder op het terrein van beleid en kwaliteitsbewaking, onderwerpen die interne belanghebbenden vooral aangaan. Een wettelijke regeling waarbij niet duidelijk is welke belangen er in concreto kunnen spelen omdat de soorten ondernemingen die er onder vallen te divers is, lijkt niet adequaat. Het is mijns inziens beter om per sector na te gaan bij welke onderwerpen advisering door een cliëntenraad nuttig of noodzakelijk is. Die regelingen zijn er bovendien al. Een geschillenregeling ingeval het bestuur het advies van de cliëntenraad niet opvolgt en de laatste hier zwaarwegende bezwaren tegen heeft, acht ik wel op zijn plaats. De ondernemingskamer kan zich ook op vragen uit deze sectoren instellen.¹²¹

¹¹⁸ Zie Holtzer, noot 116.

¹¹⁹ Scheltema (zie noot 96), p. 589.

¹²⁰ Scheltema (zie noot 96), p. 590-591.

¹²¹ Anders Scheltema (zie noot 96), p. 591. Onlangs is echter in art. 36 Wet medezeggenschap op scholen een beroepsrecht op de ondernemingskamer opgenomen.

2.6.4 HET ENQUÊTERECHT EN DE BELANGHEBBENDEN(VERTEGENWOORDIGING)

Het is de bedoeling dat ook de enquêtebepalingen van titel 8 afdeling 2 van toepassing worden op de maatschappelijke onderneming.¹²² Het enquêteverzoek kan worden ingesteld door de belanghebbendenvertegenwoordiging (art. G). Art. 349a lid 2 (de spoedvoorziening) is van toepassing uitgezonderd. Dat deze bepaling wordt uitgezonderd, komt mij wat willekeurig voor.¹²³ Het is gebeurd om misbruik tegen te gaan. De belanghebbendenvertegenwoordiging kan eventueel wel de geschillenregeling van art. 307q hanteren.¹²⁴

Het is opvallend dat aan de belanghebbendenvertegenwoordiging niet alleen het beroepsrecht ten aanzien van bepaalde besluiten wordt gegeven, maar ook het enquêterecht. Het combineren van beide bevoegdheden ligt niet voor de hand. Uit de parlementaire geschiedenis inzake de herziening van het ondernemingsrecht, waarbij zowel vernieuwing van het recht betreffende de ondernemingsraden als van het enquêterecht plaatsvond, blijkt dat het enquêterecht met opzet niet aan de ondernemingsraad wordt gegeven maar aan vakbonden waarvan leden werkzaam zijn bij de desbetreffende onderneming, omdat de vakbond een zelfstandiger positie kan innemen tegenover de ondernemer dan de ondernemingsraad. Vanwege het ingrijpende karakter van een enquêteverzoek is hiervoor een zekere afstand tot het bestuur van de rechtspersoon nodig alsook deskundigheid betreffende ondernemingen in het algemeen.¹²⁵ In het onderwijs is het enquêterecht niet aan de medezeggenschapsraad bij scholen toegekend. De onderwijsraad wil dit ook zo houden als de maatschappelijke onderneming er zou komen.¹²⁶ Deze lijkt bij scholen ook weinig voor de hand te liggen, gezien de nauwe manier waarop leerlingen, ouders, leerkrachten en bestuur betrokken zijn.

Nog onlangs is in de nieuwe Pensioenwet een onderscheid gemaakt tussen een adviserend orgaan, de deelnemersraad en een verantwoordingsorgaan (waarin aanspraak- en pensioengerechtigden en de werkgever zitting hebben). Statutair kunnen deze overigens worden samengevoegd.¹²⁷ Alleen

¹²² Art. F. voorontwerp.

¹²³ Terecht meent M. Holtzer (zie noot 86), p. 601 dat het voorontwerp op dit punt gewijzigd moet worden, omdat dit juist bij een maatschappelijke onderneming van belang kan zijn.

¹²⁴ MvT voorstel van wet F en G.

¹²⁵ Zie *Rechtspersonen*, Titel 8 (C.A. Boukema) Inleiding, § 3, aant. 2, alsmede (P.G.F.A. Geerts) art. 347, aant. 1 en 2 en daar aangehaalde literatuur.

¹²⁶ Rapport onderwijsraad (zie noot 110), p. 21.

¹²⁷ Zie nader Blom, p. 644 e.v. in Lutjens (zie noot 19).

het verantwoordingsorgaan krijgt in de wet de bevoegdheid om een enquêteverzoek in te dienen (art. 33). In het uitvoeringsbesluit Wet Toelating Zorginstellingen (art. 6.2) zijn de instellingen verplicht om statutair een orgaan dat cliënten vertegenwoordigt de bevoegdheid toe te kennen om een enquêteverzoek ex art. 2:345 BW in te kunnen stellen.¹²⁸ Ook daarbij wordt in de praktijk overwogen dat de cliëntenraad hiervoor minder gekwalificeerd is omdat deze te dicht op de zorgonderneming staat¹²⁹ (en te weinig deskundig is zou ik willen toevoegen).

Met het verlenen van het enquêterecht aan de belanghebbendenvertegenwoordiging van de maatschappelijke onderneming wordt een effectieve maatschappelijke inbedding beoogd, zo stelt de memorie van toelichting.¹³⁰ Het voorontwerp sluit aan bij het op 15 april 2005 verschenen SER-advies: ‘Ondernemerschap voor de publieke zaak’ waarin wordt gepleit voor de invoering van een wettelijk verankerd enquêterecht voor de ondernemingsraad in de publieke sector (onderwijs, zorg, wonen). Zoals Holtzer terecht schrijft, is de vraag of aan de ondernemingsraad ook het enquêterecht moet worden verleend nog niet uitbediscussieerd.¹³¹ Voorshands ben ik van mening dat de combinatie adviesrecht /beroepsrecht en enquêterecht een te grote spanning legt op de verhoudingen tussen ondernemer en werknemers(vertegenwoordiging). Een enquêterecht voor de (interne) belanghebbendenvertegenwoordiging lijkt mij ook niet passend. Zij missen normaal gesproken hiervoor de deskundigheid. Bovendien krijgen zij binnen de instelling dan wel erg veel macht. Wat betreft de externe belanghebbenden acht ik het, zoals ik in par. 2.6.2 heb geadstrueerd, niet juist wanneer zij zitting hebben in de belanghebbendenvertegenwoordiging.

Men zou de externe belanghebbenden wel de bevoegdheid kunnen geven om een enquêteverzoek in te dienen. De ondernemingskamer komt dan voor de taak te staan om te bepalen of de aanvragers voldoende belang hebben bij de enquête. Deze gedachte is niet nieuw. Maeijer vindt een dergelijke bepaling te ver gaan. Hij stelt voor dat de procureur- generaal (thans de advocaat-generaal) in deze het recht krijgt om een enquête te verzoeken, maar dan

¹²⁸ Art. 2:346c BW opent de mogelijkheid tot statutair of contractueel toekennen van deze bevoegdheid. Naast vertegenwoordiging van cliënten wordt het toekennen van deze bevoegdheid aan een vertegenwoordiging van beroepsbeoefenaren en de inspecteur van de IGZ; zie *Stb.* 575, nota van toelichting, p. 26.

¹²⁹ Zie L.G.J. Houwen, ‘Health Care Governance’, *Ondernemingsrecht* 2007, 131, p. 447 e.v., m.n. p. 453 en Holtzer (zie noot 86), m.n. 598.

¹³⁰ MvT voorontwerp maatschappelijke onderneming (brief Ministerie van Justitie 12 juli 2007, ad F en G.

¹³¹ Holtzer (zie noot 86), p. 600.

zonder de beperking van het algemeen belang.¹³² Zelf meen ik dat zich wel zal uitkristalliseren wie voldoende belang hebben. Wellicht zou een artikel geformuleerd kunnen worden, analoog aan art. 2:347 BW, dat een vereniging of stichting die als collectieve belangenbehartiger optreedt, bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek indien zij leden of aangeslotenen heeft onder de gebruikers.

2.7 *Tussenstand 2*

De maatschappelijke onderneming als rechtspersoon, zoals ontworpen in het wetsvoorstel van vorig jaar is een privaatrechtelijke rechtspersoon die veel weg heeft van een stichting, maar die enkele specifieke eigenschappen heeft. Hij moet specifiek op een maatschappelijk belang zijn gericht; er is een raad van toezicht en een belanghebbendenvertegenwoordiging, beiden met grote deels in de wet bepaalde bevoegdheden. Het invoeren van de noodzaak van een maatschappelijk belang en de beperkingen in inrichtingsvrijheid passen niet zo goed in het privaatrechtelijk rechtspersonenrechtelijk systeem. Op zich is de gedachte dat het hier eigenlijk om een publiekrechtelijke rechtspersoon zou moeten gaan, niet zo gek, met dien verstande dat deze dan vooral nuttig zou zijn voor privatisering, niet voor een overstap van de particuliere organisaties. Een nadrukkelijke rol krijgt de belanghebbendenvertegenwoordiging. In het wetsvoorstel wordt aan de oprichters overgelaten om te bepalen wie de belanghebbenden zijn en wie de belanghebbendenvertegenwoordiging vormen. Dat maakt echter de gerechtvaardigheid van een in detail uitgewerkte regeling inzake de adviesbevoegdheden wat vreemd. Onduidelijk is bijvoorbeeld of de belanghebbenden alleen uit cliënten of anders genaamde gebruikers bestaan of ook uit anderen. Dat het enquête-recht ook aan de belanghebbendenvertegenwoordiging wordt verleend gaat mij te ver. Wel zou ik uitbreiding van dit recht naar andere belanghebbenden willen bepleiten. Bij de bespreking van het voorontwerp wordt ook duidelijk dat regelingen in deze geest al bestaan op grond van sectorale wetgeving of zelfregulering. Qua doelmatigheid voegt de voorgestelde regeling van de maatschappelijke onderneming daar niets of weinig aan toe.

¹³² Zie J.M.M. Maeijer, 'Toezicht op het stichtingsbestuur', p. 147 e.v., m.n. p. 152-153, in: *Tot Vermaak van Slagter*, 1988.

3. Naar een andere afweging

3.1 *Inleiding*

In het vorige hoofdstuk heb ik de merites van het voorontwerp voor de maatschappelijke onderneming vanuit rechtspersonenrechtelijk en ondernemingsrechtelijk oogpunt gezien, met bijzondere aandacht voor de belanghebbendenvertegenwoordiging. In dit hoofdstuk zie ik de afwegingen voor de keuze van een afzonderlijke rechtsvorm (3.2). Overtuigend acht ik deze niet. Dat geldt ook voor de bezwaren die zijn gemaakt tegen de vereniging en de stichting (par. 3.3). Op zich valt daarin wel iets te verbeteren (3.4). Ten aanzien van de maatschappelijke onderneming wordt in de voorbereidende stukken gesuggereerd dat deze op den duur zich ook voor winstuitkering zou kunnen lenen. In par. 3.5 bespreek ik de vraag of winst maken en winst uitkeren niet geoorloofd zouden moeten zijn in de openbare (zorg)dienstverlening. In 3.6 kom ik tot een afronding met enkele conclusies.

3.2 *De afweging voor de keuze van de maatschappelijke onderneming als privaatrechtelijke rechtsvorm*

In het rapport van de Commissie-Wijffels wordt een op zich heldere afweging gegeven van de wijzen waarop de doelen worden nagestreefd bij het project maatschappelijke onderneming.¹³³ Ik vat ze hier samen. In de eerste plaats is voor instellingen die serieus werk willen maken van intern toezicht en externe belangenbehartiging voldoende dat een certificaat (zelfregulering) of een beleidskader (publiekrechtelijk) wordt gehanteerd. Voor nieuwe juridische instrumenten voor de instellingen is een privaatrechtelijke regeling nodig. Ook publiekrechtelijk kunnen een aantal eisen die de overheid aan een dienstverlenende particuliere organisatie stelt worden vastgelegd. Voor de vereenvoudiging en beperking van de verantwoordelijkheid van de overheid ten opzichte van de instellingen kan niet met het privaatrecht worden volstaan. Dit zijn heldere passages.

Zonder dat er een verband met deze evaluatie wordt gelegd, stelt de commissie in de volgende paragraaf echter voor om een nieuwe privaatrechtelijke rechtspersoonsvorm in te voeren. Deze stap komt niet logisch over.

In de memorie van toelichting bij het voorontwerp (p. 2) wordt de keuze voor een afzonderlijke rechtsvorm evenmin helder naar voren gebracht. Het gaat er om dat de overheid moet terugtreden en instellingen meer ruimte krijgen, die recht doet aan hun professionaliteit. Daarvoor moeten de

¹³³ Rapport (zie noot 70), p. 32-33.

instellingen een structuur krijgen die een evenwicht tussen de verschillende belangen in de instellingen garanderen. Dat stelsel van belangen – de verhoudingen tussen bestuur, toezichthouder, werknemers en belanghebbenden – is bij uitstek privaatrechtelijk van aard. Door een duidelijker interne ordening kunnen de instellingen zich vrijer opstellen tegenover de overheid. De bedoeling is dat er door de wettelijke regeling van de maatschappelijke onderneming in allerlei sectoren van dienstverlening kan worden gedereguleerd voor wat betreft eisen voor toelating, registratie, erkenning en subsidiëring.

Als men deze redengevingen voor een afzonderlijke rechtspersoonsvorm maatschappelijke onderneming naast de afwegingen van de Commissie-Wijffels legt, kan men vrij eenvoudig constateren dat de genoemde doelen ook op een andere wijze bereikt zouden kunnen worden.

Hierna zal ik dit aan de hand van de door de ontwerpers gegeven motieven adstrueren.

a. Het mogelijk maken van een sterkere interne organisatie waardoor de onderneming zich zelfstandiger ten opzichte van de overheid kan opstellen en in het verlengde daarvan het meer ruimte laten voor zelfregulering en minder reguleren door de overheid.

Bij de maatschappelijke onderneming zijn het bestuur en een raad van toezicht, alsmede een belanghebbendenvertegenwoordiging verplicht. Met name een geprofessionaliseerd bestuur en een goed functionerende raad van toezicht met zijn bevoegdheden maken de interne organisatie sterk. Een dergelijke interne organisatie is evenzeer mogelijk binnen de bestaande vereniging en stichting. In het onderwijs en de zorg wordt deze organisatorische inrichting al gehanteerd (zie par. 1.3).

In hoeverre een private rechtspersoon zich zelfstandiger ten opzichte van de overheid kan opstellen, hangt vooral af van de ruimte die de overheid geeft. Wellicht dat de overheid nu niet voldoende vertrouwen heeft in particuliere organisaties om hen meer zelf te laten beslissen. Als de overheid geen ruimte geeft, kan de professionaliteit niet blijken. De overheid zal dus vertrouwen moeten hebben in de besturen van particuliere instellingen. Daarvoor is wel reden. De huidige stichtingen en in mindere mate verenigingen kunnen al prima ondernemen. De besturen zijn geprofessionaliseerd en er zijn allerlei codes ontwikkeld.¹³⁴ De zelfregulering door dienstverlenende instellingen geschiedt reeds volop.¹³⁵ Het voorontwerp biedt in dat opzicht volgens mij

¹³⁴ Jongsma (zie noot 93), p. 218

¹³⁵ Zie par. 1.3 hiervoor. Zie over deregulering en de beperkte mogelijkheden daarvoor, P. Westerman, 'De onmogelijkheid van deregulering', *NJB* 2006, 109, p. 132-137.

eerder verstarring dan openheid. De zelfregulering geschiedt op sectorniveau; daarbij kunnen de eisen worden aangepast aan de belangen die in de desbetreffende sector spelen. Als de overheid dat nodig acht, kan ze publiekrechtelijk nadere organisatorische eisen stellen, zoals zij dat ook al doet.

Er wordt ook een verband gelegd tussen het terugtrekken door de overheid en de verplichte belanghebbendenvertegenwoordiging met haar bevoegdheden. De belanghebbendenvertegenwoordiging is volgens de Commissie-Wijffels van belang omdat deze kan functioneren als *horizontale verantwoording* aan belanghebbenden ter vervangen van verticale controle door de overheid.¹³⁶ Wellicht wat krom gesteld, wordt dan de parlementaire democratie vervangen door horizontale democratie.¹³⁷ Bij het zinvol zijn van zo'n operatie zijn mijns inziens wel enkele kritische kanttekeningen te plaatsen. Dat de belanghebbenden een belangrijke plaats in de instelling moeten krijgen, is ten behoeve van hun belangen zeker waar. Terecht wordt gesteld dat de overheid niet in de positie is om hun behoeften goed in te schatten. Het feit, dat de belanghebbenden hun eigen belang en – hopelijk – het belang van de maatschappelijke onderneming dienen, is niet een garantie ervoor dat de maatschappelijke belangen of het belang van de overheid voldoende wordt gewaarborgd. Zie par. 2.4.1 hiervoor.

Er is nog een ander aspect. De belanghebbendenvertegenwoordiging adviseert op het niveau van de rechtspersoon (onderneming). Deze laatste heeft echter ook te maken met regionale en landelijke besluitvorming en in veel gevallen toch ook met financiering vanuit de overheid. Het komt mij vreemd voor dat onderwerpen die op nationaal of regionaal niveau moeten worden geregeld, zoals planning, kwaliteitsbewaking, controle op de financiën, niet meer behoeven te worden geregeld door de ministeries, maar dat dit nu op instellingsniveau kan worden geregeld dankzij de inbreng van belanghebbenden. Het is de vraag of de bevoegdheden van de belanghebbenden in het verlengde liggen van de bevoegdheden van de overheid. Of,

¹³⁶ Rapport (zie noot 70), p. 9.

¹³⁷ De gedachte is niet nieuw. Zie W. Hiskes, 'De publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie', *Namens* 1987, p. 268: 'Verder lijkt het ook zinvol stil te staan bij de vraag of het in beheer van werkgevers en werknemersorganisaties geven van taken die tot dan toe door de overheid werden uitgeoefend niet een ingebouwde compensatie bevat voor het verlies aan controle-mogelijkheden voor het parlement. De democratische controle-mogelijkheid, in de zin van het dichter bij de bestuurde en diens controle-mogelijkheden leggen van het bestuur neemt er immers door toe; alle kritische kanttekeningen die daarbij gezet zouden kunnen worden ten spijt.' Deze leidde er in de jaren tachtig toe dat de regelgeving van de pbo-lichamen niet meer werden getoetst door de minister maar door de SER. Deze procedure is in de jaren negentig ten gunste van de minister weer teruggedraaid.

om het nog eens anders te benaderen: wanneer de overheid meent dat zij ten aanzien van de afzonderlijke instellingen minder invloed dient uit te oefenen, zal dit zaken moeten betreffen die op instellingsniveau beslist moeten worden. Blijkbaar bemoeit de overheid zich nu op instellingsniveau met zaken, die zij wil afstoten.¹³⁸ Terugtrekking van de overheid is dus slechts beperkt mogelijk.

Ik acht het zeker geen goede zaak om de overheid te vervangen door externe belanghebbenden die deel uitmaken van een belanghebbendenvertegenwoordiging. Het kan niet zo zijn dat de plannende en subsidiërende overheid de andere externe belanghebbenden via aan hen toe te delen bevoegdheden ter wille van het openbaar belang de plaats van die overheid wil laten overnemen. Het algemeen belang kan niet op deze geprivatiseerde wijze op een gelijkwaardige wijze als door de overheid worden behartigd.

Er zijn dus vele redenen waarom de ‘vervanging’ van de overheid door de horizontale verantwoording niet werkt.

b. Een tweede aspect is de *financiële verantwoording*. In dat verband wordt de suggestie gewekt dat verplichte controle van de jaarrekening door de accountant en openbaarmaking van de jaarrekening in de plaats kunnen komen van overheidscontrole.¹³⁹ De overheid zou dan de jaarstukken alleen in bijzondere gevallen controleren. De accountant en de raad van toezicht zouden dan de plaats innemen van de overheid. Hier wordt mijns inziens ook een vreemde voorstelling van zaken gegeven. Voor verenigingen en stichtingen met een onderneming met een bepaalde omzet geldt titel 9 van Boek 2 BW.¹⁴⁰ Daarin is ook accountantscontrole en publicatie geregeld (art. 2:393 en art. 394 BW), waarvoor soms een vrijstelling bestaat (zie art. 2:396-397 BW). De bepalingen van titel 9 Boek 2 BW zullen veelal overigens niet van toepassing zijn omdat er andere voorschriften zijn voor de desbetreffende verenigingen en stichtingen in categorale wetgeving.¹⁴¹ Dat er voor verenigingen en stichtingen in het algemeen in het BW alleen over een boekhoudplicht en een plicht om een jaarrekening te maken wordt gesproken (zie art. 2:10 BW) geeft dus maar een zeer beperkt zicht op de werkelijkheid.

¹³⁸ Vgl. de opmerkingen van K. Mouwen in E. de Kluis, ‘De maatschappelijke onderneming als paradigma’, *Overheidsmanagement* 2007, nr. 7/8, p. 8.

¹³⁹ Dit komt uit het WRR-rapport *Bewijzen van goede dienstverlening*, 2004.

¹⁴⁰ Art. 2:360 lid 3 BW.

¹⁴¹ Zie reeds Th.S. IJsselmuiden, ‘Behoorlijke rekening en verantwoording over gemeenschapsgeld’, p. 155 e.v. in *Naar behoren*, jubileumbundel Juridisch gezelschap Amsterdam, Zwolle: Tjeenk Willink 1982.

Bovendien komt het mij vreemd voor dat de overheid niet meer de aanwending van haar middelen door een met haar gelden gefinancierde instelling zou controleren. Al was het alleen maar technisch. In de Pensioenwet wordt een zeer gedetailleerd toezicht uitgeoefend door De Nederlandsche Bank terwijl er nog gedragstoezicht door de Autoriteit Financiële Markten bijkomt. Daarbij gaat het om de controle op het beheer van pensioengelden, waar de overheid vanuit het algemene belang van de pensioengerechtigden c.s. bij betrokken is.

Bij de financiering van dienstverlenende instellingen gaat het zowel om het algemeen belang van de goede gezondheidszorg enz. als om het verantwoord besteden van overheidsmiddelen. Ik kan mij niet voorstellen dat de overheid op dit punt haar strategie ten aanzien van het financieel toezicht gaat wijzigen.

c. Er wordt ook gesuggereerd dat de wettelijke inrichting van de maatschappelijke onderneming er toe leidt dat allerlei eisen op het gebied van toelating, registratie, erkenning en subsidiëring kunnen worden gedereguleerd. Door de governance-voorschriften te codificeren en te harmoniseren in een privaatrechtelijk model worden het voorschriften in termen van de rechtspersoon en burgers onderling; dat heeft een meerwaarde, aldus de Minister van Justitie.¹⁴²

In de eerste plaats wil ik opmerken dat het nog niet zo eenvoudig is om principes, zoals die in codes zijn opgenomen, om te bouwen tot BW-regels. Nog afgezien daarvan, suggereert de door de minister gegeven motivering een enigszins scheve voorstelling van zaken. Publiekrechtelijke subsidievoorwaarden op dit vlak of in het privaatrecht neergelegde regels – en krachtens zelfregulering in governance-codes vastgelegde afspraken hierover – werken niet direct ten opzichte van de burgers. In de statuten van de desbetreffende instellingen zullen voorzieningen ten aanzien van belanghebbendenraden moeten worden neergelegd. Burgers kunnen daaraan slechts rechten ontlenen wanneer deze hen in de statuten zijn verleend. Op grond waarvan de rechtspersoon ertoe komt in de statuten een dergelijke regeling op te nemen doet er niet toe.

In plaats van een – optionele – rechtspersoonsvorm met allerlei inrichtingseisen, had de wetgever ook een publiekrechtelijke regeling kunnen treffen met dezelfde inrichtingseisen. Een dergelijke uniforme regeling zou de regelintensiteit in de verschillende sectoren eerder doen verminderen.

¹⁴² Hirsch Ballin (zie noot 84), p. 586.

3.3 *Bezwaren tegen de bestaande vereniging en stichting*

Dat de overheid voor een afzonderlijke rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming zou kiezen, lag niet zonder meer voor de hand. De Ru c.s. bepleiten wettelijke verankering van de maatschappelijke onderneming als modaliteit van de vereniging en stichting. Zelfs de maatschappelijke onderneming als modaliteit van de vennootschap – met enkele speciale kenmerken – achten zij denkbaar en geven zij de voorkeur.¹⁴³

Tegelijk noemen zij echter ook nogal wat bezwaren tegen de bestaande vereniging en stichting, waardoor een afzonderlijke rechtspersoonsvorm gerechtvaardigd zou zijn.

Ten eerste stellen zij dat de wettelijke regeling hen *te vrij* laat. Er is geen dwingend of regelend recht ten aanzien van winstbestemming, verankering van het maatschappelijk doel, de verhouding tot overheid, good governance, het toezicht, de betrokkenheid van belanghebbenden, de verslaglegging, aansprakelijkheid en enquêterecht.¹⁴⁴ Dat kan allemaal wel statutair worden geregeld, maar dat is voor zo'n maatschappelijke onderneming erg omslachtig.

Daar is wel een en ander tegen in te brengen. Geen enkele privaatrechtelijke rechtspersoon ontkomt eraan om wettelijke regels, aangepast aan de omstandigheden binnen de rechtspersoon in de statuten op te nemen. Dat zal ook gelden voor de maatschappelijke onderneming. Echte vermindering van regeldruk levert dit niet op. Er komen sowieso regels over de inrichting, van de wetgever en/of in zelfreguleringsdocumenten en in ieder geval in de statuten.

Bovendien is een maatschappelijke onderneming alleen als aangepaste vereniging of stichting *niet maatschappelijk herkenbaar*, zo stellen De Ru c.s.¹⁴⁵ Het argument van de herkenbaarheid wordt mijns inziens te pas en te onpas gebruikt. De overheid gebruikt de stichtingsvorm omdat deze voor de burger herkenbaarder is. De overheid is hierin echter onherkenbaar.¹⁴⁶ Nu zou een dienstverlener een afzonderlijke rechtsvorm nodig hebben omdat hij anders niet als zodanig herkenbaar is. Het lijkt mij dat de dienstverlener door zijn activiteiten al herkenbaar is. De burger zal het veelal niet veel uitmaken

¹⁴³ De Ru c.s. (zie noot 25), p. 13; vgl. nader p. 65 e.v.

¹⁴⁴ De Ru c.s. (zie noot 25), p. 40.

¹⁴⁵ Zie vorige noot.

¹⁴⁶ Zie T.J. van der Ploeg, 'Privaatrechtelijke bedenkingen tegen de overheidsstichting', *TVVS* 1995, afl. 6, p. 153.

of het een particuliere instelling is of een overheidsinstelling.¹⁴⁷ Welke extra duidelijkheid geeft hier de bijzondere rechtspersoonssoort?¹⁴⁸

Voor een eigen rechtspersonenrechtelijke regeling zou aanleiding zijn, zo stellen De Ru c.s., als daardoor de rechtspersoon beter aan *het rechtsverkeer* kan deelnemen.¹⁴⁹ De regeling betreffende vertegenwoordiging voor de maatschappelijke onderneming is echter niet zo afwijkend van die van de vereniging en stichting, dat dit een afzonderlijke rechtspersoonsvorm in plaats van een modaliteit rechtvaardigt.¹⁵⁰

Als ander belangrijk punt wordt door hen genoemd dat de vereniging en in mindere mate de stichting *geen adequate vormen zijn voor een onderneming*.¹⁵¹ In de literatuur en in de praktijk worden de beperkingen wel erkend, maar statutair zijn de problemen wel op te lossen.¹⁵² Qua bestuurlijke inrichting gaat het dan bij de vereniging om de vrijwillige bestuurders of om de algemene ledenvergadering, die ten aanzien van de onderneming meestal weinig bemoeienis heeft, maar wel dwingendrechtelijke bevoegdheden heeft.¹⁵³ Bij de stichting is wettelijk geen regeling over het ontslag van bestuurders, hetgeen mogelijk maakt dat het bestuur geheel eigenmachtig is – en eventueel eenhoofdig. Zo extreem kan het inderdaad zijn, als niemand kijkt. Dit is echter eenvoudig statutair te verhelpen.

Samenvattend; de bezwaren tegen genoemde rechtspersonen zijn niet overtuigend. De bestaande rechtspersoonsvormen vereniging en stichting (en coöperatie) bieden op zich voldoende mogelijkheden om de doelstellingen van het voorontwerp mee te bereiken¹⁵⁴, eventueel via certificering of een modaliteitenregeling.¹⁵⁵

¹⁴⁷ Aldus ook K. Mouwen in E. de Kluis (zie noot 138), p. 8.

¹⁴⁸ Vgl. in dezelfde zin Galle (zie noot 22), p. 27.

¹⁴⁹ De Ru c.s. (zie noot 25), p. 16.

¹⁵⁰ Zie par. 2.4.3. hiervoor.

¹⁵¹ De Ru c.s. (zie noot 25), p. 41.

¹⁵² Vgl. bijv. F.J.P. van den Ingh, E. Bos, P.C.J. Oerlemans, *De stichting als ondernemingsvorm*, Kluwer 1993. De Ru c.s. (zie noot 25), p. 41 suggereren ten onrechte dat Asser/Van der Grinten/Maeijer (zie noot 25) stelt dat deze rechtsvormen eigenlijk ongeschikt zijn voor ondernemingen. Vgl. vanuit de praktijk ook Jongsma (zie noot 93), p. 218.

¹⁵³ Men kan ook op creatieve wijze de ledenvergadering gebruiken voor nauw betrokken stakeholders. Zie W.D. van Leeuwen, 'Publieke verantwoording door maatschappelijke ondernemingen', *Bestuurskunde* 2005, p. 41 e.v.

¹⁵⁴ J. Nijland (zie noot 24), p. 62 en P.J. Dortmond, 'De maatschappelijke onderneming: kloon of motje?', *Ondernemingsrecht* 2007, 174, p. 581-582.

¹⁵⁵ Zie Van Veen (zie noot 15), p. 31-32.

3.4 *Verbeteringen in het verenigingen- en stichtingenrecht*

Als het om verbetering van het rechtspersonenrecht gaat ter wille van dienstverlenende organisaties, dan zou aanvulling van het stichtingenrecht – en eventueel het verenigingenrecht – in het BW nuttig zijn. Reeds geruime tijd wordt er in de literatuur op gehamerd dat het goed zou zijn bij de stichting als optie een raad van toezicht te regelen met een aantal bevoegdheden.¹⁵⁶ Daar hoort in ieder geval een regeling inzake vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang bij (die ook ontbreekt in het voorontwerp).¹⁵⁷ Op verschillende maatschappelijke terreinen is nu al een raad van toezicht verplicht gesteld.¹⁵⁸ Vaak is dit gekoppeld aan een governance-code, waaraan de betrokken organisaties zich hebben gebonden. Door een wettelijke regeling van de raad van toezicht kunnen deze regelingen worden gestroomlijnd, terwijl tevens voldoende ruimte voor sectorale bijzonderheden moet worden gelaten.¹⁵⁹ Het is waar dat het niet eenvoudig is om een zinvol artikel in het BW te formuleren, waar iedereen wat aan heeft.¹⁶⁰ Maar dat kan wel als er vooral niet teveel wordt vastgelegd en ruimte wordt gegeven voor statutaire invulling – al dan niet op basis van een in de branche geldende governance-code, waaraan de rechtspersoon gebonden is.

Weinig aandacht is er bij de bespreking van de ‘maatschappelijke onderneming’ geweest voor de ‘mini-enquête’ met voorlopige voorzieningenregeling die bestaat bij stichtingen. Belanghebbenden – naast het Openbaar Ministerie – kunnen de rechtbank bij wanbestuur en andere onregelmatigheden om ontslag van bestuurders vragen en om voorlopige voorzieningen (zie art. 2:298 BW). De laatste tijd wordt hier meer gebruik van gemaakt.¹⁶¹ De vraag is uiteraard wie belanghebbenden zijn. De Hoge Raad hanteert hier de tweekringenleer die afkomstig is uit het jaarrekeningenrecht. Belanghebbenden van de eerste kring zijn degenen die tot de kring (statutaire orga-

¹⁵⁶ De Commissie-Meurs met haar rapport *Health Care governance* van 1999 stelde ook wettelijke verankering voor van de raad van toezicht. Zie in deze zin ook het rapport *Goed bestuurd* uit 2000 van de NVBG.

¹⁵⁷ Zie Dijk/Van der Ploeg (zie noot 23), p. 234 e.v. en daar aangehaalde literatuur.

¹⁵⁸ Zie par. 1.3 hiervoor.

¹⁵⁹ Vgl. in dezelfde zin t.a.v. de voorstellen voor de samenstelling van de raad van commissarissen in het kader van het democratische en doelmatig functioneren van gesubsidieerde instellingen, J.M.M.Maeijer, ‘Dijk en doelmatige democratisering’, p. 173 e.v., in: *Met recht verenigd* (Dijk-bundel) 1986 en P.J.M. van Wersch, *NJB* 1981, p. 595 e.v. Ook R.C.J. Galle (noot 22), p. 21 e.v., m.n. p. 25-26 wijst op het belang van sectorale wetgeving (en zelfregulering).

¹⁶⁰ Aldus de Minister van VWS betreffende het nieuwe zorgstelsel, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 689, nr. 1, p. 5.

¹⁶¹ Zie nader Dijk/Van der Ploeg (zie noot 23), p. 259 e.v.

nisatie T.P.) van de stichting behoren en van de tweede kring zij voor wie een concreet en specifiek nadeel dreigt.¹⁶² Zelf bepleit ik een ruimer criterium te hanteren, namelijk een rechtstreeks in het eigen belang getroffen zijn¹⁶³ omdat het hier niet om een contentieuze procedure maar meer om een administratieve rechtsgang – in het belang van de stichting – gaat. Dan zouden ook collectieve actiegroepen, die zich de belangen van degene die door het optreden van de stichting in zijn belang is getroffen aantrekken, dit verzoek kunnen doen.¹⁶⁴

3.5 *Privaatrechtelijke publieke dienstverlening en het maken van en uitdelen van winst*

In de stukken betreffende de maatschappelijke onderneming wordt nogal eens opgemerkt, dat door deze nieuwe rechtspersoonsvorm nieuwe ontwikkelingen mogelijk worden gemaakt, zoals winstuitkering.¹⁶⁵ Dit hangt samen met de veranderingen van de verhoudingen in de dienstverleningssector van een aanbodgestuurde door de overheid (en particuliere organisaties) beheerste markt naar een vraaggestuurde door de cliënten gestuurde markt (zie par. 1.5).

De vraag is eerst of de bestaande te hanteren rechtspersonen en de voorgestelde maatschappelijke onderneming zich hier kunnen handhaven.

In het voorontwerp wordt duidelijk geformuleerd dat het doel van de maatschappelijke onderneming niet mag inhouden het doen van uitkeren aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen, noch aan anderen, tenzij wat deze laatsten betreft die uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben (art. 307a lid 2). Deze formulering van het non-profit (beter: not-for-profit)karakter van deze rechtspersoon is gelijk aan die voor de stichting in art. 2:285 BW. Overigens wordt onder het ten doel hebben om uitkeringen te doen ook begrepen het feitelijk plaatsvinden van deze uitkeringen, zonder dat dit statutair tot doel is gemaakt.¹⁶⁶ Bij de vereniging is de omschrijving van het not-for-profitkarakter dan ook: zij mag geen winst verdelen onder

¹⁶² Zie HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992, 149 (m.nt. J.M.M. Maeijer), *TVVS* 1992 (m.nt. T.J. van der Ploeg) (stichting NIAC).

¹⁶³ Zie vorige noot.

¹⁶⁴ Zie nader *Rechtspersonen* (Overes), art. 295, aant. 3.

¹⁶⁵ Zie bijv. De Ru c.s. (noot 25), p. 61 en MvT bij voorontwerp, p. 4.

¹⁶⁶ Voor de goede orde merk ik op dat uitkeringen door pensioenfondsen aan uitkeringsgerechtigden niet onder de verboden uitkeringen vallen (zie art. 2:304 lid 2 BW). Vgl. nader Dijk/Van der Ploeg (zie noot 23), p. 20.

haar leden. Bij de vereniging kan overigens eventueel wel winst worden uitgekeerd aan anderen.¹⁶⁷

Zij kunnen, tenzij de statuten dit uitsluiten, wel op het maken van winst gericht zijn. In de concurrentie met vennootschappen verkeren zij echter door het winstuitkeringsverbod wel in een nadeliger positie.¹⁶⁸ In ieder geval stichtingen en maatschappelijke ondernemingen kunnen door dit verbod moeilijker financiering vinden.¹⁶⁹ Geheel onmogelijk is het overigens niet. Zij kunnen obligaties uitgeven of anderszins een lening sluiten tegen de gangbare rente.¹⁷⁰ Op sommige terreinen wordt voor de onderlinge samenwerking van de instellingen ook gebruik gemaakt van coöperaties. Daarbij is uitkering van winst wel mogelijk, hoewel niet noodzakelijk.¹⁷¹ Bij de samenwerkingsverbanden van dienstverleners komt die de dienstverlenende organisaties ten goede. Bovendien is niet uitgesloten dat non-profitorganisaties voor winstgevendende activiteiten BV's oprichten.

Bier merkt op dat wanneer de maatschappelijke onderneming die geen winst mag uitkeren een BV als dochter zou hebben de hele opzet van de maatschappelijke onderneming in duigen zou vallen.¹⁷² Naar ik aanneem doelt ze er op dat in art. 307a van het voorontwerp is bepaald dat zij (de maatschappelijke onderneming) een of meer ondernemingen of instellingen in stand moet houden die zelf diensten leveren enz. Dit zou belemmeren dat de maatschappelijke onderneming door een BV een onderneming in stand doet houden. Als dat de bedoeling van het voorontwerp is, wat gezien de tekst wel zo moet zijn, is er dus voordat de maatschappelijke onderneming ruimte krijgt om zelf winstuitkeringen te doen, al een wetswijziging nodig om de maatschappelijke onderneming winst te laten genieten van een dochteronderneming.

Men moet zich steeds afvragen of het beperken van de soorten rechtspersonen die een bepaalde maatschappelijke activiteit mogen verrichten wel gerechtvaardigd is door het te bereiken doel. Het naast elkaar optreden van winstuitkerende en niet-winstuitkerende instellingen hoeft niet problema-

¹⁶⁷ Zie Dijk/Van der Ploeg (zie noot 23), p. 19.

¹⁶⁸ Voor wat betreft de vennootschapsbelasting verkeren de non-profitrechtspersonen in een gunstiger positie dan de commerciële rechtspersonen. De Commissie-Wijffels wil dit zo laten (zie rapport noot 66) p. 19-20). S. Stevens, 'De maatschappelijke onderneming: belast of niet', *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2007/9 wil de non-profitorganisaties in principe wel belasten, tenzij zij ontheffing krijgen.

¹⁶⁹ Zie over de financieringsproblemen in de zorg, Bier (zie noot 76), p. 604.

¹⁷⁰ Vgl. Jongsma (zie noot 87), p. 218.

¹⁷¹ Het gaat bij coöperaties vooral om het drukken van de kosten; vgl. Galle (zie noot 12).

¹⁷² Bier (zie noot 76), p. 606.

tisch te zijn wanneer de verantwoordelijkheden van overheid en ondernemingen-rechtspersoon maar duidelijk zijn en de middenstromen van markt en overheid (en particuliere bestemmingsgelden) maar niet door elkaar vloeien. Het grote probleem is het eventuele weglekken van collectieve middelen in particuliere zakken.¹⁷³ Of dit sluitend door dochter-BV's of door gescheiden boekhoudingen¹⁷⁴ kan worden opgelost zal in de bijdragen van Sijmons en Verhagen worden behandeld.

De overheid kan in plaats van rechtspersoonsvormen kwaliteitsisen stellen aan ondernemingen van alle soorten rechtspersonen en aan de organisatorische inrichting¹⁷⁵, alsmede ten aanzien van de toegankelijkheid van de diensten en de hoogte van de prijzen (eventueel van de winstuitkering).¹⁷⁶

Ten slotte keer ik nog even terug naar het idee dat de maatschappelijke onderneming op den duur zelf de ruimte zou krijgen om uitkeringen te doen. Mij is niet duidelijk hoe zo'n omvorming zonder brokken kan gebeuren. De omzetting naar huidig recht van een stichting in een BV is in verband met de terechte vermogensklem die op het bij de stichting gevormde vermogen zit, vrij problematisch.¹⁷⁷ De winst komt daar uiteindelijk bij aandeelhouders terecht. Er zijn in de structuur van de maatschappelijke onderneming geen personen aan te wijzen aan wie de winst zou toekomen. In ieder geval vraagt dit goede doordenking. Waarschijnlijk heeft men de Belgische vennootschap met sociaal oogmerk hier in gedachten. Men bedenke echter wel dat daarbij een beperkte winstuitdeling (hooguit 6%) mogelijk is en dat er verplicht de mogelijkheid moet bestaan dat werknemers vennoten worden. Een vennoot kan maximaal 10% van de stemmen hebben; voor werknemers-vennoten is dit 5%.¹⁷⁸ Deze regelingen zullen niet voor alle investeerders aantrekkelijk zijn.

3.6 *Uitleiding*

Door de Commissie-Wijffels zijn de alternatieven voor regelgeving helder uiteen gezet. Mijns inziens zouden ten aanzien van de verschillende onderwerpen verschillende werkwijzen kunnen worden gevolgd. Op dit moment

¹⁷³ Zie ook Bier (zie noot 76), p. 604.

¹⁷⁴ Jongsma (zie noot 93), p. 219 acht dit niet een begaanbare weg.

¹⁷⁵ Vgl. T.J. van der Ploeg, 'De rechtspersoonsvorm als entreebewijs', p. 83 e.v., m.n. p. 98 e.v., in: M.C.P. van Eijk c.s., *Gesloten of open overlegstelsel*, 's-Gravenhage: SDU 1993.

¹⁷⁶ Vgl. Bier (zie noot 76), p. 605.

¹⁷⁷ Vgl. Dijk/Van der Ploeg (zie noot 23), p. 331-332 met verwijzing naar jurisprudentie.

¹⁷⁸ Zie art. 61, 1e, 4e, 5e, 7e en 8e van de Belgische Vennootschapswet. Zie ook Pijls (zie noot 63).

worden de doelstellingen bereikt door a) subsidievoorwaarden en overheidsregulering betreffende de toelating van zorginstellingen, b) medezeggenschapsregelingen en c) door zelfregulering van de kant van instellingen zelf (governance-codes). Allicht kan een en ander verbeterd worden. Als de overheid meer wil overlaten aan het veld ligt zelfregulering, onder meer via certificering het meest voor de hand.¹⁷⁹ Dan is er privaatrechtelijke in plaats van publiekrechtelijke binding. In ieder geval zijn betrokkenen wel beter op de hoogte van de behoefte in de praktijk. Zo iets ontlast inderdaad de overheid maar de regeldruk voor de betrokken organisaties wordt niet noodzakelijk minder. De particuliere regelgever is overigens bepaald niet altijd geneigd om onderwerpen minder detaillistisch te regelen dan een publiekrechtelijke regelaar.

Een nieuwe rechtspersoonsvorm voor de maatschappelijke onderneming hoeft er niet te komen. Wanneer in Boek 2 BW de raad van toezicht zou zijn opgenomen en er ten aanzien van de medezeggenschap van cliënten een modelregeling of anderszins een regeling die voldoende ruimte laat voor sectorale variatie, zou worden ontworpen, zou er voor de overheid wellicht voldoende grond kunnen zijn om te vertrouwen in de professionaliteit en het belangenevenwicht in de dienstverlenende instellingen.

Een kaderwet waarin de organisatorische inrichting van 'maatschappelijke ondernemingen' voor alle rechtspersoonsvormen is geregeld, zoals Bier suggereert met verwijzing naar de Pensioenwet, zou eventueel ook een oplossing kunnen zijn, aangenomen dat hier ruimte blijft voor sectorale nadere invullingen.¹⁸⁰ Het zou in ieder geval zinvoller zijn om de stroomlijning vanuit de bestaande situatie aan te pakken dan een nieuwe rechtspersoonsvorm in te voeren die niet voldragen is en waarvan de gerechtvaardigheid niet overtuigend is aangetoond.

¹⁷⁹ Zie Van Veen (noot 15), p. 31-32.

¹⁸⁰ Zie Bier (zie noot 76), p. 606. Voor wat betreft de belanghebbendenvertegenwoordiging zou men ook kunnen denken aan een wettelijke regeling, zoals de wet op de ondernemingsraden, die voor publiekrechtelijke en privaatrechtelijke ondernemingen (dan dus niet rechtspersonen) geldt.

DEEL III - GOVERNANCE IN DE GEZONDHEIDSZORG

Drs. H.H.M. (Erna) Scholtes en Ir. H.J.B.M (Hein) Abeln*

* Drs. H.H.M. (Erna) Scholtes is senior adviseur bij Twynstra Gudde. Zij is adviseur strategie en beleid in de publieke sector. Haar werkterreinen zijn de rijksoverheid en toezichhouders, in het bijzonder de sectoren onderwijs en zorg. Zij werkt aan een promotieonderzoek naar betekenissen van transparantie in het openbaar bestuur.
Ir. H.J.B.M (Hein) Abeln is partner bij Twynstra Gudde. Hij is als bestuursadviseur vooral actief voor de (Rijks-)overheid en voor organisaties en instellingen in de gezondheidszorg. Hij heeft zich toegelegd op de vraagstukken rond extern en intern toezicht. Hij adviseert over de strategie en besturing van organisaties met veel professionals.

1. Inleiding

In onze bestuursadviespraktijk krijgen wij regelmatig vragen over de wenselijke vormgeving van de governance voor gezondheidszorginstellingen. Wij zijn dan vaak als bestuursadviseur de opsteller van het pakket van eisen en wensen voor de juristen en notarissen.

De aanleidingen kunnen heel divers zijn. Een fusie, een conflict, een opvolging in de Raad van Toezicht of Raad van Bestuur, onvrede in de organisatie, disfunctioneren van personen, externe druk.

De laatste jaren krijgen wij die vragen vooral omdat toezichthouders en bestuurders proactief in willen spelen op de eisen die health care governance stelt. De druk om zich daarover te buigen is duidelijk toegenomen. De noodzaak zich te verantwoorden over de toepassing ervan in de instelling ook.

Allereerst is dan van belang om het overeenkomstige en onderscheidende van de zorginstelling als maatschappelijke onderneming ten opzichte van de andere ondernemingsvormen te onderzoeken. En de consequenties voor de toepassing van de governanceregels in de instelling specifiek te doordenken. Dat betreft bijvoorbeeld de verantwoording van de Raad van Toezicht. Voor een NV of BV is dat wettelijk en eenduidig geregeld. Er wordt verantwoording afgelegd aan de aandeelhouders, een groep met relatief gelijkgestemde belangen. Maar in een stichting, de meest voorkomende rechtsvorm in de zorg, is die vorm afwezig. Publieke taken worden in een privaatrechtelijke vorm uitgevoerd. Dat leidt tot hybriditeit.

Ook de visie op de rollen en taken van bestuur en toezicht en met name de visie op de omgangsvorm zijn van groot belang. Is toezicht controle? Is toezicht advies en klankbord? Hoe ziet passende verantwoording er uit? Transparantie is daarbij de laatste jaren het ‘toverwoord’ bij uitstek. Maar klopt die stelling eigenlijk wel? Wat is transparantie en welke effecten kunnen optreden?

Deze ervaringen uit onze bestuursadviespraktijk zijn de basis voor onze bijdrage aan dit preadvies over de proeve van wetgeving voor introductie van de maatschappelijke onderneming.¹ Wij volgen daarbij de hiervoor genoemde aspecten: hybriditeit als wezenskenmerk voor de zorg en transparantie als thema voor de omgangsvormen in governance. Naar onze mening vragen beide niet om verdere regels. De governance in de zorg kan alleen beter vol-

¹ Op www.minjus.nl staat de proeve van een wetsvoorstel dat de maatschappelijke onderneming als nieuwe rechtsvorm introduceert.

doen aan nieuwe eisen door gepast gedrag en goede competenties van betrokkenen.

2. Hybriditeit als wezenskenmerk

Ziekenhuizen, aanbieders van thuiszorg, de instellingen in de GGZ en voor de gehandicaptenzorg, en hun zusterorganisaties in de zorg worden getypeerd als ‘hybride organisaties’. In een maatschappelijk bestel dat gekenmerkt wordt door enerzijds publieke organisaties en anderzijds op private leest geschoeide organisaties nemen zij een tussenpositie in. Ze zijn geen van beide. Ze vervullen een publieke taak, met publieke middelen, maar doen dat vanuit een privaatrechtelijke context.

Dit wordt doorgaans als complicerend beschouwd. De beschrijvingen starten veelal bij het aangeven wat deze organisaties *niet* zijn²: non-profit; niet ‘staat’ maar evenmin ‘markt’; tussen overheid en burger in. Er is veel aandacht voor de ingewikkelde opgaven die de vermenging met zich meebrengt. Die kan ook als excuus gebruikt worden waar in feite bestuurlijk onvermogen in het geding is.

Het hybride karakter is echter een wezenskenmerk van onze zorgorganisaties. In onze samenleving beschouwen we gezondheidszorg door louter op winst gerichte bedrijven als een gruwel. Evenmin is staatszorg een denkbare optie. Het huidige bestel biedt mogelijkheden voor het combineren van het beste van beide werelden. Laten we daar vooral het accent op leggen.

Met Van de Donk en Brandsen³ bepleiten wij voor het benaderen van deze combinatie als een eigenstandige vorm. ‘Maatschappelijke onderneming’ is daarvoor een passende en toereikende aanduiding. Van de Donk en Brandsen spreken over ‘de derde sector’.

Bij deze opvatting past ook om deze organisaties niet verder te problematiseren dan nodig is.

Zo wordt er nogal eens benadrukt dat het bestuur van hybride organisaties geconfronteerd wordt met ‘tegenstrijdige’ belangen. Het omgaan met uiteenlopende belangen is echter schering en inslag voor alle bestuurders. Ook wordt er met veel mededogen gesproken over de ‘complexe’ omgeving die het opereren van hybride organisaties zoveel moeilijker zou maken. Met ingewikkelde omgevingen hebben evenzeer alle bestuurders te maken.

² W. van de Donk en T. Brandsen: Vermengen of verbinden? Lessen uit het maatschappelijk middenveld, p. 362, in: Brandsen 2006.

³ W. van de Donk en T. Brandsen, *ibid.*, p. 368.

In het vigerende denken over hybride organisaties wordt het onderhevig zijn aan de politiek-bestuurlijke logica nogal eens van stal gehaald ter illustratie van de bijzondere opgave van bestuurders. Die staat immers garant voor onvoorspelbare wendingen in de koers van de overheid. De afhankelijkheid daarvan is echter niet het exclusieve domein van de derde sector. Wat te denken van de weg- en waterbouw? Die is in zeer hoge mate afhankelijk van de investeringen van de overheid, al dan niet in Nederland. Ook de markt voor ontwikkeling van duurzame energie wordt in hoge mate gestuurd door de luimen van overheidsbeleid.

Kortom: bestuurders in de zorg verdienen niet bij voorbaat meer mededogen dan overheidsbestuurders, vanwege het etiket 'hybride'. Evenmin kunnen aan hen, net zo min als aan hun collega's in het bedrijfsleven, absurde eisen gesteld worden over prestaties.

Zij staan voor een maatschappelijke taak, uit te voeren met andermans geld, ten dienste van de samenleving. Dat vergt manoeuvreren tussen twee werelden.

Dat laveren vergt wel stuurmanskunst. Want ten principale hebben bestuurders in de derde sector te maken met een combinatie van twee werelden, gestoeld op twee juridische regimes (privaatrecht en publiek recht), en met tegengestelde waardenoriëntaties. Jane Jacobs⁴ heeft deze inzichtelijk gemaakt in haar typering van de wereld van de *commerce* versus die van de *politics*. Die is gebaseerd op de twee waardenmoralen die de basis vormen van de wijze waarop de mens in zijn levensonderhoud voorziet. Deze noemt zij *trading* en *taking*. De beide moralen hebben een innerlijke samenhang en een onderlinge afhankelijkheid. In die zin is de combinatie goed mogelijk. Echter, ze zijn niet ongestraft te vermengen. Wat een deugd is in de ene moraal, is een ondeugd in de andere. Beschaving is in haar opvatting het zoeken naar een zorgvuldige, flexibele en oordeelkundige combinatie van beide. Dat dat een opgave is, maakt de typering van de beide waardensystemen duidelijk.

⁴ J. Jacobs: *Systems of Survival: A Dialogue on the Moral Foundations of Commerce and Politics*, New York: Random House 1992.

| Commercie | Politics |
|---|------------------------------------|
| Vermijd geweld | Toon je kracht |
| Maak vrijwillige afspraken | Onthoud je van handel drijven |
| Wees eerlijk | Wees gehoorzaam en gedisciplineerd |
| Werk soepel samen met vreemden | Respecteer hiërarchie |
| Concurreer | Wees loyaal |
| Respecteer overeenkomsten | Oefen wraak uit |
| Wees het oneens in dienst van de taak | Bedrieg ten behoeve van de taak |
| Ontplooï initiatief en ondernemingszin | Houd je aan traditie |
| Sta open voor inventiviteit en nieuw beleid | Bedrijf uiterlijk vertoon |
| Bevorder comfort en gemak | Toon dapperheid |
| Wees efficiënt | Maak ruim gebruik van vrije tijd |
| Investeer in dienst van productieve doelen | Wees exclusief |
| Wees ijverig | Koester eer |
| Wees zuinig | Wees vrijgevig |
| Wees optimistisch | Wees fatalistisch |

Figuur 1 Concurrerende waardensystemen, vgl. J. Jacobs

Alsof het zo nog niet moeilijk genoeg is, doet Hoek er nog een schepje bovenop. Hij komt in zijn proefschrift tot de conclusie dat de gezondheidszorg, en daarbinnen met name de ziekenhuiszorg, te maken heeft met drie waardenstelsels.⁵ Naast het publieke en private stelsel plaatst hij het professionele waardenstelsel.

Volgens Hoek is de *professionals governance* de derde governance wereld waar we in de gezondheidszorg mee te maken hebben. Het gaat om zelfregulering in de eigen kring van de beroepsbeoefenaren, gebaseerd op de veronderstelling dat alleen de beroepsbeoefenaren zelf kunnen bepalen wat goede uitoefening van hun vak behelst. Het collectief geeft inhoud aan het vak en bepaalt in kwantiteit en kwaliteit wat er nodig is. De overheid vertrouwt de professionals en staat de zelfregulering toe zo lang deze niet tot maatschappelijke problemen leidt. De moraliteit van de professionals governance wordt gekenmerkt door de gedragscodes uit eigen kring en het tucht-recht.

⁵ H. Hoek, *Governance en gezondheidszorg*, Assen: Van Gorcum 2007.

| Professionals |
|--|
| Monopoliseer de taakuitoefening |
| Bescherm het kennisdomein |
| Mystificeer wat je doet |
| Wees autonoom in de vakuitoefening |
| Verberg lichte fouten en straf grove fouten zwaar af |
| Organiseer een eigen tuchtrecht |
| Zorg voor grote cohesie binnen de professionele groep |
| Reguleer toelating en uitstoting uit het vak |
| Afficheer de bevoegdheid tot vakuitoefening |
| Leid vakgenoten in een exclusief systeem op |
| Vermijd hiërarchie tussen voldeerde vakgenoten |
| Toon de status van de professie en van de individuele professional |
| Duid de professie als een roeping en maatschappelijke verantwoordelijkheid |

Figuur 2 Waardensysteem professionals (naar Hoek 2007)

Deze bespiegelingen leiden behalve tot de conclusie dat het zinvol is om hybriditeit als eigenstandige organisatievorm te beschouwen, ook tot de vaststelling dat pogingen tot uniformeren tot mislukken gedoemd zijn. Centrale sturing moet er zijn wat betreft basale eisen en vormvoorschriften. Uiteraard, vanwege de publieke aard van de taken. Maar standaardiseren, codificeren, harmoniseren van organisaties in de derde sector is niet wenselijk. Essentieel voor een goede taakvervulling is juist dat de organisaties manoeuvreerruimte hebben om in te spelen op de behoeften en wensen van hun doelgroepen, dat zij kunnen omgaan met de onvoorspelbaarheid van de overheid.

We moeten ons dus ‘verlaten’ op governancestructuren. Die vormen de basis van het maatschappelijk vertrouwen. Dat wil zeggen: het vertrouwen van de overheid en van burgers en andere stakeholders.

3. Opvattingen over governance in de zorg

Niet alleen in de zorg is de afgelopen decennia een stevige discussie gevoerd over de governancecode.⁶ Aangewakkerd door de in het bedrijfsleven oplevende discussies⁷ werd er gezocht naar passende oplossingen voor de zorg. Was het mogelijk om, in het verlengde van wat resulteerde in de code

⁶ Zie bijvoorbeeld Commissie Health Care Governance: *Health Care Governance, Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en adequate verantwoording in de Nederlandse gezondheidszorg*, Rotterdam 1999 (‘Commissie Meurs’).

⁷ Bijvoorbeeld door de Commissie Peters en haar opvolgers.

Tabaksblat voor het bedrijfsleven, ook voor de zorg tot een passende code te komen? Hoe specifiek zou de code eigenlijk moeten zijn? En waarop moet de code een antwoord zijn?

De aanleiding voor deze discussies in de zorg waren niet allemaal buiten de sector gelegen. Binnen de sector leefde er al lange tijd onvrede bij stakeholders en ‘shareholders’ (financiers en overheid) over de beperkte verantwoording die toezichthouders vaak aflegden, over de onduidelijke verantwoordelijkheden in de toppen van instellingen, over de traagheid van de ingrepen bij met kwaliteitsproblemen kampende of in financiële moeilijkheden verkerende instellingen.

Belangrijke vragen in die discussie betroffen allereerst de bijzondere positie van de instellingen. Ze zijn not-for-profit, voeren (semi-)publieke taken uit, functioneren binnen sterke overheidsregulering en kennen geen aandeelhouders waaraan verantwoording moet worden afgelegd. Dat maakt de governance wezenlijk anders dan in het bedrijfsleven.

Volgens de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (NVZ)⁸ zijn er minstens vier bijzondere kenmerken te noemen die instellingen als maatschappelijke zorgondernemingen onderscheiden van gewone ondernemingen:

- deze instellingen werken in het private domein aan een publieke doelstelling
- deze instellingen streven niet naar winst ten behoeve van eigenaren of kapitaalverschaffers
- deze instellingen hebben te maken met specifieke wet- en regelgeving op het gebied van bijvoorbeeld toegankelijkheid, solidariteit, financiering en zorgverzekeringen
- het werk van deze instellingen brengt tal van medisch-ethische vragen met zich mee.

Het toezicht richt zich binnen de governance, evenals in het bedrijfsleven, op een gezonde bedrijfsvoering, maar er zijn ook essentiële verschillen. De focus van bedrijven kan eenduidig gericht zijn op de markt. De oriëntatie van instellingen is echter veel complexer. Regelmatig moeten afwegingen en keuzes worden gemaakt in het spanningsveld tussen organisatiebelangen, maatschappelijke belangen en individuele preferenties van burgers. De veelkleurigheid van de belangen en hun afweging komt ten volle aan de orde bij de Raad van Toezicht. In het commerciële bedrijfsleven is het toezicht een

⁸ NVZ-Governancecode; *Principes met Aanbevelingen* (2003).

uitvloeisel van de eisen van kapitaalverschaffers. In de zorg is het toezicht een uitvloeisel van maatschappelijk ondernemerschap. Dat stelt bijzondere eisen aan management en bestuur. Zij moeten beide de waardenstelsels begrijpen en deze in balans kunnen beoordelen.

De verhouding tussen de Raad van Toezicht en de Raad van Bestuur is bovendien geëvolueerd van ‘het bestuursmodel’, waarbij de Raad van Toezicht het bestuur vormt, naar het ‘commissarissen-model’ waarin de Raad van Bestuur het bestuur is. Daarmee is de Raad van Bestuur de spil geworden in het realiseren van good governance voor de instelling. Goed bestuur verdient immers goed toezicht en een goed bestuurder draagt van harte zorg voor een adequate verantwoording.

Deze conclusie wordt ook getrokken door de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid in zijn studie over de besturing van (onder andere) de zorg.⁹ De nadruk in besturing en toezicht ligt naar de mening van de WRR in deze sector teveel op controleren en afrekenen. Daardoor lopen de professionaliteit, de motivatie en het innovatievermogen in de sector gevaar. De overheid (en het interne toezicht) moet volgens de raad meer vertrouwen hebben in de initiatieven van professionals en bestuurders van instellingen.

De WRR pleit voor een forse omslag in de manier van besturen en verantwoordens in de zorg. Voorbeelden daarvoor zijn de volgende gewenste verschuivingen:

- van *toezicht* naar *verantwoording*
- van *controleren* naar *leren*
- van het accent op *harde* verantwoording (rekenschap afleggen over van te voren afgesproken gegevens) naar vooral aandacht voor de *zachte* verantwoording (bereidheid om op een transparante manier te handelen, zonder stok achter de deur)
- van *oordelen* en *sanctioneren* naar vooral *adviseren* en *leren*
- van *input- en thoughtput-bemoeienissen* naar een *outputmeting nieuwe stijl*: meer rekening houdend met de complexiteit van de maatschappelijke dienstverlening en meer mogelijkheden voor zachte, kwalitatieve informatie.

⁹ WRR: *Bewijzen van een goede dienstverlening*, Amsterdam: UAP 2004.

Over de hele linie moet de wijze waarop wordt aangestuurd en verantwoord volgens de WRR meer verschuiven van het sturen op het product naar het sturen op het proces, zoals dat in onderstaand schema is getypeerd.

| Kenmerken van prestatiemeting gericht op het product | Kenmerken van prestatiemeting gericht op het proces |
|--|---|
| Resultaat | Proces |
| Enkele maatstaven | Variëteit van maatstaven |
| Expertoordelen | Dialogoog tussen professionals |
| Afstandelijke methoden | Lokale methoden |
| Codificatie | Ruimte voor tacit knowledge |
| Gericht op afrekenen | Gericht op leren |
| Ex-postcontrole | Real-time beeldvorming |
| Laag onderling vertrouwen | Hoog onderling vertrouwen |
| Externe reviewer/monitor | Interne reviewer/monitor |
| Nadruk op objectiviteit | Nadruk op intersubjectiviteit |

Figuur 3 Vormen van prestatiemeting, WRR 2004

Deze beweging vraagt volgens de WRR van de governance in instellingen dat er ruimte is om het leren en controleren weer te verbinden. Dat vergt ook dat het intern toezicht wordt geprofessionaliseerd, de maatschappelijke verantwoording wordt versterkt en de identificatie van belanghebbenden wordt vergroot.

In zijn advies *Ondernemerschap voor de publieke zaak* neemt de SER¹⁰ de gedachtelijn van het advies van de WRR over. Meer specifiek benadrukt de SER ten aanzien van de functies van de Raad van Toezicht ook het verschil van de functies van de Raad van Commissarissen in het bedrijfsleven en die van de Raad van Toezicht in de zorg met de volgende opsomming.

De functies van de Raad van Commissarissen in het bedrijfsleven zijn:

- de controle, met name financieel/kwantitatief
- de communicatie met name naar de shareholders
- het advies voor de Raad van Bestuur

De functies van de Raad van Toezicht in de zorg zijn:

- de controle op de maatschappelijke prestaties
- en op de kwaliteit van de horizontale verantwoording jegens de stakeholders
- adviseur en klankbord voor de Raad van Bestuur
- het richten op het leervermogen, de kwaliteit en de maatschappelijke legitimatie.

¹⁰ SER: *Ondernemerschap voor de publieke zaak*, Den Haag 2005.

Volgens de SER is de precieze vormgeving van het Raad van Toezicht model nog niet uitgekristalliseerd en zijn codes gewenst.

Kort daarop antwoordde de branche met de *Zorgbrede governancecode*.¹¹ In die code werd verder uitwerking gegeven aan de zorgbrede regels voor good governance. Daarmee wordt recht gedaan aan de eigen aard van de maatschappelijke ondernemingen in de gezondheidszorg.

Samengevat zijn de opvattingen over governance inmiddels naar onze mening voldoende goed uitgekristalliseerd in de huidige wet- en regelgeving en de zorgbrede governancecode. De werkelijke opgave is het gedrag en de verantwoording van (externe en interne) toezichthouders en bestuurders verder te professionaliseren.

4. Besturen in de gezondheidszorg

4.1 Toezicht

Bij de introductie van de zorgbrede governancecode plaatsten de opstellers een essentiële kanttekening: *‘Goede governance laat zich niet puur in regels vangen. Governance moet tot uitdrukking komen in het doen en laten van personen. Governanceprincipes krijgen pas betekenis als bestuurders en toezichthouders zich herkennen in de bijzondere maatschappelijke verantwoordelijkheid van hun zorgorganisatie en zij zich hierop laten aanspreken. Vanuit die gedachte richt de code zich op de kwaliteit van het bestuur, de kwaliteit van het toezicht daarop, de interactie tussen Raad van Bestuur en Raad van Toezicht en tenslotte op het op gepaste wijze betrekken van belanghebbenden bij het beleid van de zorgorganisatie.’*

Goed toezicht is naar onze ervaring inderdaad vooral een kwestie van goed gedrag. Gedrag dat de bestuurder intrinsiek wenst en dat de toezichthouder stimuleert.

Met de introductie van het ‘Raad van Toezichtmodel’ en deze code wordt de Raad van Bestuur de spil in de ordelijke governance ervan. Dat blijkt ook als we de aansturing van instellingen nader beschouwen. De instelling wordt extern en intern meervoudig aangestuurd. Extern door bijvoorbeeld de verzekeraars, de NZa, de financiers, het ministerie van VWS en de IGZ. Intern door de Raad van Toezicht, de professionals, de medezeggenschap en de cliëntenraden.

¹¹ NVZ Vereniging van Ziekenhuizen: *NVZ-Governancecode. Principes met aanbevelingen*, Utrecht 2004.

De rol van de professional is vooral bij het toezicht in ziekenhuizen vaak bepalend voor de balans in toezicht. Deze beroepsgroep werkt daarbij veelal binnen private organisaties en houdt zich bezig met publieke belangen. In de meeste ziekenhuizen zijn zij ook nog eens als vrije beroepsbeoefenaren georganiseerd in maatschappen. Hoek¹² wijst erop dat de professionals governance, anders dan de private en de publieke governance, niet uitgaat van één machtscentrum. Hier is onderhandelen een must. Niemand heeft het primaat, bij niemand berust de zeggenschap. De bestuurders in met name ziekenhuizen zullen zich rekenschap moeten geven van de noodzaak tot onderhandelen. En de toezichthouders zullen zich moeten realiseren dat deze verhoudingen een groot stempel drukken op de mogelijkheden voor de bestuurders om de belangen in de organisatie af te stemmen.

De Raad van Bestuur is het middelpunt in alle interne en externe afstemmingsprocessen. Hij is verantwoordelijk voor een goede afstemming tussen alle belangen en voor een transparante verantwoording naar alle betrokkenen. Die informatie-, coördinatie-, besluitvormings- en verantwoordingstaken zijn de kerntaken van de bestuurder.

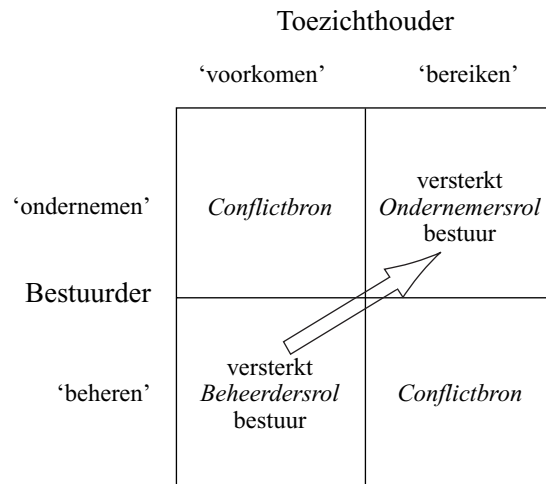
Als gevolg van de sterke groei van die meervoudige verantwoording ontstaat er een lossere relatie tussen toezicht en verantwoording. De Raad van Bestuur heeft een veelheid aan toezicht- en verantwoordingsrelaties te harmoniseren. De Raad van Toezicht is niet in de gelegenheid om daarin autonoom temidden van die processen haar weg te kiezen.

Daarmee komt de Raad van Toezicht op het raakvlak van externe en interne aansturing en wordt er van het samenspel tussen Raad van Toezicht en Raad van Bestuur veel vereist. De Raad van Bestuur kan de Raad van Toezicht bij de zorgvuldigheid en kwaliteit van de hele toezichtketen betrekken door het verschaffen van informatie en het vragen van advies. De Raad van Toezicht kan de Raad van Bestuur tot steun zijn door zijn klankbordfunctie te vervullen en door op grond van haar brede verankering en ervaring vooruit te kijken en de Raad van Bestuur daarop te bevragen.

Het goed kunnen volgen en interpreteren van informatie vraagt steeds meer specifieke deskundigheid, vaardigheid en inzicht van de toezichthouder. Daarmee neemt de behoefte aan een professioneler toezicht toe. Dat vereist onder meer een op heldere profielen gebaseerde openbare werving en selectie van toezichthouders.

¹² H. Hoek: *Governance en gezondheidszorg* Assen: Van Gorcum 2007.

Voor de continuïteit van zorginstellingen is ondernemerschap essentieel. Dat stelt extra eisen aan de toezichtstijl. Immers, er ontstaan in dit geval minimaal twee potentiële nieuwe conflictbronnen voor de relatie toezichthouder-bestuurder. Onderstaand schema brengt dat in beeld.



Figuur 4: Potentiële conflictbronnen tussen Raad van Bestuur en Raad van Toezicht

Potentiële conflictbronnen ontstaan door de spanning tussen een actieve, op resultaten gerichte, toezichthouder bij een beherende bestuurder én tussen de risicomijdende toezichthouder bij een ondernemende bestuurder. Ook het 'stapelen' van een beheersstijl van de bestuurder met risicomijdend gedrag bij de toezichthouder is een niet passende strategie. In feite is er nog maar één weg open: naar een stimulerend toezicht, gericht op ondernemerschap.

Uit veel studies en onze ervaringen met governance is duidelijk geworden dat het niet de regels en (het gebrek aan) de transparantie zijn die de problemen in governance veroorzaken, maar vooral het gedrag van en de verantwoording door toezichthouders en bestuurders.

Een onvoldoende bekwame of onvoldoende adequaat optredende Raad van Toezicht kan binnen de huidige wet- en regelgeving (bijvoorbeeld van het externe toezicht) worden gecorrigeerd. Sommigen vragen zich daarbij af of met name het externe toezicht niet te verbeteren is. Andere, private, sectoren die met veel geld omgaan en ons vertrouwen nodig hebben om goed te kunnen functioneren (als bijvoorbeeld de financiële sector) staan immers wél onder zeer direct toezicht (in casu van DNB en AFM). Zo'n positie zou de Nederlandse Zorgautoriteit in hun ogen ook kunnen krijgen. Dan kan zij

ook toezicht houden op de professionaliteit van bestuurders en toezichthouders.

Een onvoldoende functionerende specialist kan met de huidige externe toezichtwetten adequaat worden gecorrigeerd en bijvoorbeeld ook in het kader van de toelatingsovereenkomst worden aangesproken. Eisen inzake de transparantie over verantwoorde zorg liggen vast in de Kwaliteitswet en de Wet BIG geeft heldere kaders voor het aanspreken van de professionals.

Het zijn ook niet de onmogelijkheden (bijvoorbeeld van het uitkeren van winst) die de ontwikkeling van goede zorg en ondernemerschap belemmeren, maar eerder het omgaan met de hybride bekostigingsregels. Zo kan de gewenste relatie met externe aandeelhouders waar nodig en gewenst ook binnen de huidige stichtingstructuren goed vorm worden gegeven. De succesvolle vorming van ZBC's en de oprichting van BV's onder stichtingen (bijvoorbeeld voor het vastgoed) zijn daarvoor goede voorbeelden. Maar het niet mogen uitkeren van een bonus aan een maatschap (en wel aan een specialist in dienstverband) bij gebleken gezamenlijk succes in een bedrijfseenheid, vraagt om creatieve oplossingen en dat doet de roep om veranderingen toenemen.

Wij delen de mening van velen¹³ dat goed toezicht in de zorg vraagt dat de aandacht wordt verschoven van de 'keten van toezicht' naar de 'keten van leren en verantwoording':

- van 'wantrouwen naar vertrouwen'
- van 'daad naar raad'
- van 'oplossingen naar dilemma's'
- van 'antwoorden naar vragen'
- van 'verplichting naar professie'.

Binnen die opvatting is de Raad van Bestuur primair verantwoordelijk voor het goed functioneren van de gehele keten. Hij verdient goed toezicht en legt professioneel verantwoording af. De Raad van Toezicht is daarbij *van* alle stakeholders ter borging van de maatschappelijke verantwoording en ter identificatie van de stakeholders, en is er *voor* de Raad van Bestuur. De Raad van Toezicht stimuleert vanuit die brede functie de Raad van Bestuur in zijn functioneren en corrigeert alleen indien onvermijdelijk. Binnen de huidige juridische contexten is dit allemaal goed mogelijk. Het vraagt 'alleen maar' het juiste gedrag van alle betrokkenen.

¹³ Bijvoorbeeld commissie Health Care Governance, WRR en de SER.

4.2 *Verantwoording*

Ondernemen heeft, zoals Van Monfort stelt, twee kanten: handelend optreden en verkennen van grenzen.¹⁴ Ook onze maatschappelijke ondernemingen worden geacht beide te doen. In alle gevallen is verantwoording nodig.

Talloos zijn de voorbeelden van de maatschappelijke verontwaardiging die opgeroepen wordt wanneer een organisatie uit de derde sector zich al te ondernemend opstelt. Dit is te wijten aan het feit dat de organisaties van de derde sector opereren in een *hybride omgeving*. Wij hebben met elkaar nog geen normen ontwikkeld voor situaties die de randen van het gebruikelijke handelen betreffen. De ene keer wordt het sjabloon van het publieke belang gehanteerd; in een andere situatie wordt de markt als referentiepunt beschouwd. Het omgaan met deze onvoorspelbare kaders zet druk op de verantwoording door maatschappelijke ondernemingen. Wanneer doen ze het goed?

Maatschappelijke ondernemingen hebben ruimte om zelf keuzen te maken voor de inzet van hun middelen. Ze leggen verantwoording af over hun inhoudelijke prestaties en maken een jaarrekening waarin op hoofdlijnen zichtbaar wordt waar het geld aan besteed is en hoe de balans er uit ziet. We kunnen het bestuurders niet kwalijk nemen dat ze de grenzen van maatschappelijk verantwoord ondernemen verkennen en opzoeken. Sterker nog, dat verwachten we ook van hen. Althans, tot op zekere hoogte. De kwestie is dat actoren (politiek, burgers, zusterorganisaties) nog niet het juiste gevoel hebben ontwikkeld voor de nieuwe normen. Wat in elk geval hoort te tellen in een besturingsconstellatie van deregulering is dat misbruik en fraude beteugeld worden en dat budgetten doelmatig besteed worden. Maar het is niet gemakkelijk om die grens te bepalen. Waar kiest een bestuur voor verstandig investeren en wanneer is het onverantwoord risico's nemen? En andersom: wat is een reële omvang van de financiële buffer voor slechtere tijden en wanneer is er sprake van het onttrekken van budgetten aan het doel waar het voor bestemd was? Daar zijn in de gezondheidszorg (maar ook in het onderwijs of de volkshuisvesting) geen normen voor. Er zijn dus ook geen normen die met voeten kunnen worden getreden.

¹⁴ C. van Montfort en D. van Est: Normstelling rond toezicht en verantwoording bij hybride organisaties, p. 404, in: Brandsen 2006.

Het is daarom ongepast dat politici en beleidsmakers meteen de aanval kiezen. Dat getuigt niet van vertrouwen in de besturen en raden van toezicht. Net zo min is het adequaat als bestuurders onmiddellijk defensief reageren met verwijzingen naar de praktijk van het bedrijfsleven. De derde sector is geen private sector.¹⁵

Er worden wel pogingen ondernomen om te komen tot antwoorden op deze nieuwe vragen. Een poging om te komen tot normstelling voor de derde sector is de zogenaamde Balkenende-norm voor topinkomens in de semi-publieke sector zoals vastgelegd in de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens. Er is een norm gesteld. Deze wordt echter veelvuldig met voeten getreden en dat leidt dan tot beroering. Denk bijvoorbeeld aan de verontwaardiging die ontstond over de salarissen van de bestuurders van woningbouwcorporaties en in het hoger onderwijs. De gezondheidszorg is overigens ons inziens nog behoorlijk buiten schot gebleven.

Dergelijke verontwaardiging is terecht en maatschappelijk relevant. Natuurlijk moeten maatschappelijke ondernemingen zich verantwoorden over hun doen en laten. Juist zij moeten dat. Zij moeten het maatschappelijk vertrouwen verdienen.

Dan kan niet volstaan worden met verticale verantwoording en formele transparantie. Meervoudige publieke verantwoording is een passende praktijk. De Vijlder en Westerhuis¹⁶ omschrijven meervoudige publieke verantwoording als volgt ‘...het samenstel van activiteiten dat een maatschappelijke onderneming (...) ontplooit om naar de omgeving verantwoording af te leggen over zijn visie op de vervulling van zijn maatschappelijke opdracht, over de mate waarin en de kwaliteit waarmee het daarin succesvol is en over de bedrijfsvoering waarbinnen dat gebeurd is.’

Geheel in lijn met de aard van maatschappelijke ondernemingen onderscheiden zij twee doelstellingen van meervoudige publieke verantwoording die met elkaar op gespannen voet staan. Enerzijds gaat het om het verantwoorden en sanctioneren van behaalde resultaten en anderzijds om het organiseren van het leervermogen en de responsiviteit van de organisatie.

Bovens¹⁷ komt tot een samenstel van drie doelen van verantwoording: democratische controle van het overheidsoptreden, voor het tegengaan van machtsconcentraties en voor het vergroten van het leervermogen en de effectiviteit van het openbaar bestuur.

¹⁵ Zie ook E. Scholtes: Kennen is kunnen? Over transparantie in onderwijsbeleid, in: Onderwijsraad 2007.

¹⁶ F.J. de Vijlder en A. Westerhuis: *Meervoudige publieke verantwoording*, Max Goote Kenniscentrum 2002.

¹⁷ M. Bovens: Publieke verantwoording: een analysekader, p. 45, in: Bakker en Yesilkagit 2005.

Dit zijn zaken die binnen het denkraam van de democratische rechtsstaat buiten discussie staan. De vraag is vervolgens op welke wijze vorm gegeven wordt aan de opgelegde plicht dan wel de ervaren plicht om verantwoording af te leggen. Dat kan naar externe partijen geschieden krachtens formele voorschriften, zoals de accountantscontrole of het voldoen aan de transparantie-eisen van de WTZ-i. Verantwoording kan ook in meer informele settings zijn beslag krijgen. Denk aan de vormen van zelfregulering die een branche zich kan opleggen in de vorm van visitaties of een keurmerk. Een andere informele categorie van verantwoording, en dan op niveau van de instelling, is het organiseren van klantenpanels, belevingsmonitoren en cliënttevredenheidsonderzoeken. Deze vormen zijn extern gericht.

De verantwoording over de interne organisatie van good governance is gediend bij een goede scheiding tussen bestuur en toezicht. En bij het actief inzetten van middelen als intervisie en reflectie, om de ‘lerende organisatie’ vorm te geven.¹⁸

In de gezondheidszorg kennen we inmiddels een heel stelsel van vormen van verantwoording en toezicht. Het formele toezicht en de formele wettelijke voorschriften zijn daar onderdeel van. Onderstaand schema plaatst de verschillende vormen in hun onderlinge samenhang.

| Verantwoording en toezicht | Intern | Extern |
|--|---|---|
| Aard | | |
| Formeel, wetgever <i>Macroniveau</i> | Raad van Toezicht Klachtenregeling | IGZ NZA Accountantscontrole WTZ-I (transparantie-eisen) Wet BIG |
| Formeel, zelfregulering <i>Mesoniveau</i> | Interne audits | Branchecodes Visitaties Benchmarks Keurmerken |
| Informeel <i>Microniveau</i> | KFO-incidenten Intervisie Reflectie | Tevredenheidsonderzoek Klantenpanels Cliëntenraden |

Figuur 5: Stelsel van toezicht en verantwoording in gezondheidszorg

¹⁸ In een poging om ‘horizontale verantwoording’ strikt te hanteren wijst Schillemans in zijn dissertatie een aantal van deze vormen als zodanig af, omdat het naar zijn opvatting gaat om instrumenten van kwaliteitszorg (interne audits, benchmarks, intervisie, klanttevredenheids-→

Wij juichen het vanuit de maatschappelijke functie van verantwoording toe dat het bouwwerk van verantwoording verder strekt dan formele vereisten. Verantwoording ‘omdat het moet’ is een verplicht nummer. Dat geeft aanleiding tot vertekening en strategisch gedrag, waardoor de verkregen informatie aan kracht inboet.¹⁹ Het verwijt van administratieve lasten ligt op de loer. Er is volop risico op het verkrijgen van bloedeloze informatie die niet relevant is voor de doelgroep.

Veel krachtiger zijn instrumenten van informele verantwoording. De verantwoording die niet moet, is een uiting van het wilsbesluit van bestuurders. Hier komt tot uiting wat Bovens cruciaal noemt: de actor voelt zich verplicht om informatie te verstrekken over zijn optreden.²⁰ De morele dimensie speelt dus een rol. En dat is precies wat wij passend vinden in de gezondheidszorg.

Adel verplicht. Het feit dat verantwoording een zelf gekozen actie is, brengt met zich mee dat er goed nagedacht moet worden over de objecten van informatie, de groepen waartoe de maatschappelijke onderneming zich richt en de wijze waarop dat gebeurt. Het feit dat de verantwoording zelf in elk geval binnenskamers expliciet verantwoord wordt, maakt de verantwoording waarachtiger. En de kans dat relevante informatie verstrekt wordt, neemt toe. Immers, er wordt situatiespecifiek en doelgroepgericht gehandeld. Dat is veel minder goed mogelijk bij centrale voorschriften.

4.3 *Transparantie*

Verantwoording is gebaat bij transparantie van de geboden informatie. Deze op het eerste gezicht open deur verdient nadere beschouwing. Wat bedoelen we met transparantie? En is dat altijd de norm?

Transparantie is een ‘hoera-begrip’, dat veelvuldig en in allerlei contexten gebruikt wordt.

Tekenend voor de vanzelfsprekendheid van het begrip transparantie is dat het zelden gedefinieerd wordt. Vaak wordt er gemakzuchtig, als bijna overbodig, het synoniem ‘openbaarheid’ toegevoegd. Transparantie staat in beleidsstukken voor hoe-dan-ook-waardevolle eigenschappen: duidelijkheid, open, openbaar, zorgvuldig, efficiënt, helder, toetsbaar etc.

onderzoek) of omdat het zaken betreft die vooral het inzicht in het optreden van een uitvoeringsorganisatie vergroten. Th. Schillemans, *Verantwoording in de schaduw van de macht, horizontale verantwoording bij zelfstandige bestuursorganisaties*, diss., z.p. Lemma 2007.

¹⁹ E. Scholtes: Toezichthouders en transparantie, p. 223, in: Leeuw et al 2007.

²⁰ M. Bovens: Publieke verantwoording: een analysekader, p.28, in: Bakker en Yesilkagit 2005.

De Algemene Rekenkamer²¹ beschouwt ‘transparant’ als een kenmerk van het functioneren van het openbaar bestuur: ‘Relevante informatie moet voor belanghebbenden toegankelijk zijn.’ In de toelichting noemt de Rekenkamer een aantal vormkenmerken. Deze kenmerken zijn te herleiden tot een publicatie van het Rathenau Instituut.²²

Werd in de jaren negentig het gebruik van het begrip in het openbaar bestuur nog uitsluitend gekoppeld aan de mogelijkheden van ICT, in deze eeuw wordt de impact verbreed tot wat wij omschrijven als ‘het kenbaar zijn van informatie’. Informatie is transparant als deze kenbaar is: er kan kennis van worden genomen. Dat vergt dat de informatie beschikbaar is (dus openbaar en toegankelijk), bereikbaar (er is toegang, het is vindbaar en betaalbaar), begrijpelijk (naar vorm en inhoud). Dát informatie beschikbaar, bereikbaar en begrijpelijk is, is alleen interessant in een bepaalde context: als deze voor iemand relevant is.

Juist de vanzelfsprekendheid en het ‘hoera-gehalte’ maken dat wij het begrip transparantie met een zekere orgwaan²³ tegemoet treden. Dat brengt ons tot een relativering.

Transparantie lijkt de norm in het functioneren van organisaties. Wie durft daar tegen te pleiten? Het lijkt de norm in onze democratische rechtsstaat. Dat is echter niet het geval.

Bij nadere beschouwing dienen zich allerlei voorbeelden aan van het tegendeel. Het zijn voorbeelden van erkende vormen van niet-transparant handelen. Denk bijvoorbeeld aan operationele informatie van het leger of de FIOD. Die wordt uiteraard niet vrijgegeven voordat de acties plaatsvinden, net zo min als informatie over de beveiliging van personen. Er is hier geen sprake van transparantie *ex ante*.²⁴

Het strafprocesrecht kent diverse voorbeelden van transparantie *ex tempore*. We kennen het zwijgrecht van verdachten en vinden het vanzelfsprekend dat bepaalde typen rechtszaken achter gesloten deuren worden gevoerd. Niemand zal betwisten dat onderhandelingen, zoals over fusies of CAO’s, achter gesloten deuren plaatsvinden. En bedrijfsgeheimen zoals recepturen en gegevens over kostenopbouw blijven binnenskamers. De inspanningen van R&D komen pas in de openbaarheid als er uiteindelijk

²¹ Algemene Rekenkamer: *Essentialia van goed openbaar bestuur*, Den Haag 2005.

²² Rathenau Instituut: *Electronische toegankelijkheid van overheidsinformatie*, Amsterdam: Cramwinckel 1996.

²³ ‘Orgwaan’ is een door Twynstra Gudde bedacht concept. Zie www.orgwaan.nl.

²⁴ Zie voor een nadere uitleg van transparantie *ex ante*, *ex tempore* en *ex post*: E. Scholtes: *Transparantie en toezichthouders*, in Leeuw et al 2007.

octröoi op is. De IGZ publiceert wel de rapportages van de door haar bezochte en beoordeelde instellingen, maar waagt zich, net zo min als de onderwijsinspectie, niet aan *ranking*. Voor de transparantie *ex post* met een rangorde moeten we ons vervoegen bij de media, waar diverse ‘oliebollenlijstjes’²⁵ fungeren.

Dit zijn voorbeelden van niet-transparant, non-transparant handelen waarvan we vanuit moreel besef of redelijkheid vinden dat dat goed is.

Jeremy Bentham, een Engelse politiek filosoof, is te beschouwen als grondlegger van de moderne opvattingen van transparantie, eind 1700. Maar ook deze pleitbezorger noemde drie redenen om *niet* transparant te zijn.²⁶ Als er sprake is van de vijand bevoordelen, als er onschuldigen getroffen worden en als betrokkene buitenproportioneel zelf schade ondervindt is transparantie niet op zijn plaats. De koppeling naar de genoemde voorbeelden is gemakkelijk te leggen.

Er zijn dus vanuit moreel besef allerlei situaties waarin non-transparantie op zijn plaats is. Echter, het is zonneklaar dat in de gezondheidszorg verantwoording afgelegd moet worden. Niet alleen aan de overheid als hoeder van het publiek belang, maar aan diverse groepen belanghebbenden. De maatschappelijke opdracht en de publieke financiering brengen dat met zich mee. Het is een goede zaak dat de Raad van Bestuur dat serieus neemt en ruimhartig transparantie betracht. Niet alleen als er een wettelijke verplichting in het geding is, maar juist ook in de vorm van horizontale verantwoording.

De informatie die daaruit voortkomt, moet echter niet kritikloos worden opgenomen. Wij plaatsen een aantal kanttekeningen bij transparantie.

Ten eerste kunnen we onze ogen niet sluiten voor de *kosten* en *moeite* en *aandacht* die het organisaties vergt om transparantie te betrachten. Het gaat over informatie. Die moet verzameld, bewerkt, verstrekt en bekeken worden. Dat kost tijd en dus geld. Die tijd en dat geld kunnen dus niet besteed worden aan andere zaken, zaken waar het echt om gaat, het primaire proces: de medische verrichtingen, het begeleiden van cliënten, het verzorgen van patiënten. Economen zeggen dan: de transactiekosten zijn hoog. We moeten ons afvragen of die in verhouding staan tot de waarde van de informatie. Een zekere orgwaan, vooral bij de mate van detaillering, is daar wel op zijn plaats.

²⁵ Onder meer de jaarlijks terugkerende publicaties over de kwaliteit van ziekenhuizen in *Elsevier, Algemeen Dagblad*. Over verpleeghuizen recent in *de Volkskrant*. *Trouw* was in 1998 de eerste met de lijsten van scholen voor voortgezet onderwijs op basis van gegevens van de Inspectie van het Onderwijs.

²⁶ In Chr. Hood: *Transparency, the key to better governance?* New York: Oxford University Press 2007.

Vervolgens valt op de waarde van de informatie op zich vaak ook een en ander af te dingen. Zeker als deze verstrekt moet worden aan de overheid. Het moeten verstrekken van informatie gaat gepaard met *strategisch gedrag*: selectief rapporteren, *window dressing* etc. Dat leidt tot onbetrouwbare informatie die een beeld geeft dat ver staat van hetgeen werkelijk gebeurt. Van de intenties dat transparantie verheldert komt op die manier niets terecht. Transparantie vertroebelt.

Ook willen we wijzen op wat we noemen pseudo-transparantie. Een organisatie gééft wel informatie, en inhoudelijk is die nog correct ook, maar deze is niet te vinden of niet te volgen voor ons. Denk aan het jargon in de geneesmiddelenbijsluiter, de piepkleine letters in de polis of een beroepsregister van artsen en geschorste artsen waar je als burger geen toegang toe hebt. De verstrekker gaat vrijuit, maar de belanghebbenden staan met lege handen.

Wanneer de intentie van de kant van de afzender deugt en de informatie klopt, wil dat nog niet zeggen dat het goed komt en dat de consument zich goed bediend voelt. Voor je het weet ziet de zorgconsument door de bomen het bos niet meer. Er is informatieoverload, of keuzestress. Dat kan leiden tot een onverschillige in plaats van mondige zorgconsument. En het weten sec zegt nog niets over het handelen daarna. De Consumentenbond heeft dat goed begrepen, getuige de *pay off*: ‘..dan weet je het’. Ja, en dan?

Ten slotte: de neveneffecten. Misschien is dat wel de belangrijkste reden om orgwanend te zijn jegens transparantie. Bij neveneffecten denken wij bijvoorbeeld aan het publiceren van topinkomens in de publieke sector. De verwachting, de beleidstheorie dus, was dat daarvan een matigend effect zou uitgaan. Een ander doel was bijdragen aan het vertrouwen in de publieke sector. Het is allebei niet gelukt. In plaats van matiging wordt vergeleken en met een beroep op het salaris van de raad van bestuur bij de ene instelling bepleit de bestuurder elders dat hij ook meer wil. Waar vertrouwen beoogd werd, wordt verontwaardiging geogst als mensen zien wat de salarissen zijn van bijvoorbeeld bestuurders van woningbouwcorporaties. Of welke reserves scholen en ziekenhuizen hebben als eigen vermogen.

Het organiseren, en dus institutionaliseren, van transparantie leidt niet persé tot een oplossing van deze bezwaren. Of dat nou vanwege de overheid is, met meer of grondiger toezicht, of een ‘eigen’ wet voor de maatschappelijke onderneming, of dat het in eigen kring met zelfregulering wordt opgelost: één ding hebben deze oplossingen gemeen: ze leiden tot standaardiseren. Omwille van toegankelijkheid en vergelijkbaarheid wordt er gestandaardiseerd naar inhoud, criteria en normen, procedures en rapportages. Dat riekt naar bureaucratie. We kennen allemaal de voorbeelden, zeker in de gezondheidszorg, waar de DBC’s als de ultieme vorm van de administratieve lasten beschouwd worden. Bovendien: de standaarden van inhoud en criteria zijn niet altijd de criteria die voor belanghebbenden belangrijk zijn.

Daar komt nog bij dat standaardiseren indruist tegen één van de gedragscodes van de professionals governance, die juist onder andere pleit voor mystificeren, zoals we in paragraaf 2 zagen. Hoek stelt dat de professie verdwijnt als publiekelijk duidelijk wordt wat de professional weet en kan. Dat maakt dat de beroepsgroep, noch de individuele professional gebaat is bij verantwoording. Medewerking aan transparantie is dus niet vanzelfsprekend. Daarom concludeert Hoek: ‘Transparantie en verantwoording moeten door de overheid en/of de maatschappij worden afgedwongen’.²⁷ Dat zal dus maar tot op zekere hoogte lukken.

Deze waarschuwingen overziend willen we aan de drie redenen die Bentham noemde voor niet-transparantie er twee toevoegen.

- *kosten en moeite*: als die niet meer in verhouding zijn tot de opbrengsten is terughoudendheid geboden
- *verkeerde aandacht*, dat wil zeggen aandacht die beschouwd wordt als controle. Als het effect van het streven naar transparantie is: wantrouwen en frustratie bij de uitvoerenden, wordt dat niet goedge maakt door vertrouwen bij burgers. Het is heel plezierig en belangrijk om te kunnen vertrouwen. En om vertrouwd te worden.

Om misverstanden te vermijden: wij zijn geen tegenstander van transparantie. We pleiten wél voor het kritisch overwegen welke informatie, voor wie en op welke wijze kenbaar gemaakt wordt.

Een hele goede reden voor transparantie is bijvoorbeeld waar het werkt als de voeding van de tegenkrachten: als countervailing power. Dit is ook een van de functies van verantwoording die Bovens onderscheidt. Countervailing power gaat over het kritisch volgen van organisaties en het gedrag van managers. Leve de klokkenluiders, de onderzoeksjournalisten, het parlement, de belangengroepen, de medezeggenschap en onszelf als mondige consument. Allemaal kunnen we transparantie benutten om zaken aan de kaak te stellen, kritische vragen te stellen, door te vragen etc.

Net als de informele verantwoording vindt ook wat wij noemen ‘informele transparantie’ een warm pleitbezorger in ons. Dan bedoelen we: van horen zeggen, mond-op-mond-reclame, gesprekken in de wachtkamer van de poli, tips uit het netwerk. Daar komt geen instituut bij te pas, het leidt niet tot administratieve lasten, de informatie wordt op het niveau van de ontvanger gegeven wat betreft begrijpelijkheid, de informatie is relevant voor je, je kunt de afzender op zijn betrouwbaarheid beoordelen. Dát leidt tot informatie waar je wat aan hebt.

²⁷ Hoek 2007.

En aan de zijde van de bestuurders in maatschappelijke ondernemingen draagt deze transparantie bij aan het bij de les houden en kwaliteitsverbetering van de publieke dienstverlening.

5. Balans

In deze bijdrage hebben wij aangegeven dat naar onze opvatting maatschappelijke ondernemingen in de zorg een eigenstandige benadering verdienen. Daarmee zijn zowel het bestuur als belanghebbenden gebaat.

Het lijkt op het eerste gezicht of we met de introductie van een afzonderlijke rechtsvorm voor maatschappelijke ondernemingen op onze wenken bediend worden.

Dat is echter niet het geval. De beleidstheorie achter de proeve van dit wetsontwerp houdt naar onze opvatting geen stand.

Zo is één van de veronderstellingen dat het wetsvoorstel het voor de maatschappelijke ondernemingen mogelijk maakt om zich daadwerkelijk ondernemend op te kunnen stellen. Dat kan nu echter ook al. Bestuurders zoeken de grenzen op van het mogelijke en acceptabele, zoals we gezien hebben in paragraaf 4. Dat wordt niet anders of beter met het wetsontwerp.

Iets anders is dat politici en ambtenaren wellicht moeite hebben met het aftasten van de grenzen in een publiciteitsgevoelige sector als de gezondheidszorg. Het is een illusie om te denken dat dat anders wordt als er een wet is. Inherent aan ondernemen en inherent aan de publieke dienstverlening is dat grenzen met een algemene geldigheid niet bij voorbaat getrokken kunnen worden.

Ruimte bieden is het devies. En vertrouwen op de mores van de bestuurders, en de tegenkrachten van belanghebbenden.

Een andere veronderstelling is dat de eigen rechtsvorm garanties biedt voor hoogwaardig bestuur. Wij constateren dat voor de gezondheidszorg aan de minimale eisen voor maatschappelijk vertrouwen reeds in afdoende mate geborgd is door de verplichtingen een jaarrekening op te stellen, een jaarverslag uit te brengen en met de transparantievereisten van de Wet toelating zorginstellingen (zie ook de bijdrage van Sijmons, p. 34 e.v.). Meer formeel regelen zal niet meer garantie bieden. Het risico op het tegendeel is groter: meer strategisch gedrag, meer window-dressing en meer administratieve lasten.

Dat de politiek en ambtenaren het lastig vinden om verrast te worden door onwelgevallige daden en keuzen, is een andere kwestie. Het is een illusie om te denken dat voorspelbaarheid en volledige beheersing vanuit 'Den Haag' mogelijk is. Het vergt moed om los te laten en lef om de risico's onder ogen te zien.

DEEL III

De derde hoofddoelstelling van het wetsvoorstel is om de belangenhouders beter in positie te brengen. De daarbij passende veronderstelling is dat het wetsontwerp garanties biedt voor verantwoording aan belangenhouders, omdat de verantwoording wordt gecodificeerd en geharmoniseerd. We hebben in het voorgaande laten zien dat de relevantie van verantwoordingsinformatie het cruciale kenmerk is. Die is per definitie situatiespecifiek en kan dus onmogelijk centraal worden voorgeschreven. Het is juist goed dat bestuurders bewust en gericht omgaan met verantwoording en dat ze horizontale verantwoording inrichten naar eigen inzichten.

Dat politici en ambtenaren moeite hebben met de onoverzichtelijke variëteit die ontstaat, en met de onvoorspelbaarheid en onvergelykbaarheid, is een andere kwestie. Het vergt lef om vertrouwen te stellen in de bestuurders die hun verantwoordelijkheid niet zullen ontlopen, en om vertrouwen te stellen in het samenspel van de dialoog die op al die plekken al ontstaat tussen de maatschappelijke ondernemingen en hun belanghebbenden.

Literatuur

Algemene Rekenkamer: *Essentialia van goed openbaar bestuur*, Den Haag 2005

Bovens, M.: Publieke verantwoording, een analysekader, in: Bakker, W. en K. Yesilkagit: *Publieke verantwoording*, Amsterdam 2005

Brandsen, T., W. van de Donk en P. Kennis (red): *Meervoudig bestuur, publieke dienstverlening door hybride organisaties*, Den Haag: Lemma 2006

Commissie Health care governance: *Health Care Governance, Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en adequate verantwoording in de Nederlandse gezondheidszorg*, Rotterdam 1999

Commissie Peters: *Corporate Governance in Nederland*, Amsterdam 1997

Hoek, H. *Governance en gezondheidszorg*, Assen: Van Gorcum & comp 2006

Hood, Chr. & D. Heald (eds.) *Transparency. The key to better governance?* London: Oxford University Press 2007

Jacobs, J.: *Systems of Survival: A Dialogue on the Moral Foundations of Commerce and Politics*, New York Random House 1992

Leeuw, F., J. S. Kerseboom, R. Elte (red) *Turven, tellen, toetsen, Over toezicht, inspectie, handhaving en evaluatie en hun maatschappelijke betekenis in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2007

NVZ Vereniging van Ziekenhuizen: *NVZ-Governancecode. Principes met aanbevelingen*, Utrecht 2004.

Rathenau Instituut: *Electronische toegankelijkheid van overheidsinformatie*, Amsterdam: Cramwinckel 1996

Schillemans, Th.: *Verantwoording in de schaduw van de macht, horizontale verantwoording bij zelfstandige bestuursorganisaties*, diss., z.p. Lemma 2007

Scholtes, E.: *Kennen is kunnen? Over transparantie in het onderwijsbeleid*, in Onderwijsraad: *Essays over beleidsinstrumenten in het onderwijs*, Den Haag 2007

DEEL III

Scholtes, E.: Transparantie en toezichthouders. In Leeuw, F., J. S. Kerseboom, R. Elte (red) *Turven, tellen, toetsen, Over toezicht, inspectie, handhaving en evaluatie en hun maatschappelijke betekenis in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2007

SER: *Ondernemerschap voor de publieke zaak*, Den Haag 2005

WRR: *Bewijzen van een goede dienstverlening*, Amsterdam AUP 2004

DEEL IV - FINANCIERING VAN DE GEZONDHEIDSZORG

Drs. J. Verhagen RA, drs. S.G. Room RA en mw. Y.M. Jansen RA*

* Drs. J. Verhagen RA is partner Health Care/Biotechnology/Pharmaceuticals, drs. S.G. Room RA en mw. Y.M. Jansen RA zijn beide Senior Manager, allen werkzaam bij Ernst & Young Accountants Amsterdam.

Inleiding

Hoe ziet de zorg eruit in 2012?

De toekomst van de zorg is onzeker en hangt af van een groot aantal factoren. Een mogelijk toekomstbeeld voor 2012 wordt hieronder geschetst:

Zorginstellingen die ten onder gaan door (maatstaf)concurrentie zijn geen uitzondering meer. Zorgondernemers met een duidelijke focus en strategie profiteren echter van de ontwikkelingen in de zorg. Dit geldt zeker voor een aantal nieuwe buitenlandse toetreders. Zorginstellingen lijken steeds meer op gewone bedrijven. Niet alleen omdat het uitkeren van winst aan aandeelhouders gemeengoed is, maar ook door de manier waarop ze zijn georganiseerd. Medisch specialisten zijn nu aandeelhouder en 'medisch ondernemer'. Andere professionals in de zorg veranderen gemiddeld iedere drie jaar van werkgever. Er heerst een groot tekort aan gekwalificeerd personeel. Een aantal kleinere zorgverzekeraars is geïntegreerd met zorgaanbieders in de zogenaamde HMO's (Health Maintenance Organizations). Private equity investeerders zijn graag geziene gasten in zorgland. Publiek-private samenwerking in zorg BV's en facilitaire diensten BV's is gemeengoed. Kapitaalslasten worden integraal gefinancierd vanuit DBC's en ZZP's.¹

Met het oog op deze mogelijke toekomst worden hierna ten behoeve van de financiering van de gezondheidszorg de volgende thema's behandeld:

- Ontwikkeling van de zorgkosten
- Financiering medisch specialistische zorg
- Zorgvastgoed
- Investeren en uitkeren van winst
- Financiële risico's en financiering van zorginstellingen: Basel II.

1. Ontwikkeling van de zorgkosten

Gezondheid en gezondheidszorg zijn zaken van het hoogste belang voor de samenleving. Dit verklaart dat zorginstellingen en zorgverzekeraars opereren in hoog gereguleerde markten.

De levensverwachting en het aantal jaren dat in goede gezondheid wordt geleefd is de afgelopen decennia aanzienlijk toegenomen. Nederland

¹ Zorg Zwaarte Producten. Dit zijn de zorgproducten binnen de AWBZ.

behoorde in Europa jarenlang tot de gezondste landen. De afgelopen jaren stijgt de levensverwachting in andere landen sneller en is Nederland afgezakkt naar de Europese middenmoot.

De kosten van de zorg zijn de afgelopen jaren snel gestegen. De kostengroei zal zich naar verwachting de komende jaren verder voortzetten. De levensverwachting neemt nog steeds toe en de ouder wordende bevolking consumeert steeds meer. De patiënten zijn steeds beter geïnformeerd over mogelijke behandelingen en de grote investeringen in innovatie in medische technologie en medicijnen maken steeds meer mogelijk. Imaging en diagnostics convergeren. Daarnaast is er een toenemende focus op kwaliteit en veiligheid.

Het Ministerie van VWS gaat in haar meerjarenramingen uit van een groei van zorgkosten van ruim 6% per jaar. Deze trend geldt voor de meeste Europese landen en wordt ook bevestigd door in Duitsland uitgevoerde scenarioanalyses van de ontwikkeling van de zorgkosten. Aangezien de Europese economieën naar verwachting minder snel groeien dan de toename van de zorgkosten is de financiering van de zorg een belangrijk vraagstuk.

De zorg is sterk in beweging. Met het oog op de toekomst, de stijgende vraag en toenemende (internationale) concurrentie dient zorg innovatief te zijn. Maatgerichte – en preventieve zorg staan hoog op de agenda en de cliënt moet meer centraal komen te staan. Concentraties, fusies, overnames, commercialisering, verzelfstandiging en publiek-private samenwerking zijn aan de orde van de dag. De omgeving van zorginstellingen is complexer en minder voorspelbaar dan ooit.

Een belangrijke ontwikkeling voor ziekenhuizen is de afschaffing van het bouwregime en de opname van de kapitaalslasten in de DBC-prijzen vanaf 2009. Onder dit regime waren goedgekeurde bouwprojecten zeker van budgetfinanciering. Ziekenhuizen krijgen nu zelf de verantwoordelijkheid omtrent de exploitatie van het vastgoed. Ziekenhuizen met recente nieuwbouw verwachten problemen te krijgen met de financiering en exploitatie van het vastgoed als gevolg van het wegvallen van de garantieregeling.

Door stijgende kosten, toenemende marktwerking, de sterk gereguleerde markt, de afschaffing van het bouwregime², de toenemende focus op veilig-

² Tot 2008 was de bouw van ziekenhuizen alleen toegestaan nadat een vergunning was verkregen. In het oude regime was sprake van een garantieregeling voor afschrijvingslasten van bepaalde materiële vaste activa (gronden, gebouwen). Zorginstellingen dienden vooraf hun →

heid en ook nog eens een groeiende en beter geïnformeerde bevolking, wordt ondernemen in de zorg steeds belangrijker. Juist nu dient een zorginstelling te transformeren naar zorgonderneming die zich zowel op korte termijn als op lange termijn staande weet te houden.

Maar kunnen ondernemers in de zorg zich wel staande houden in deze turbulente tijden? Mogelijk moeten externe investeerders worden aangetrokken om voldoende kapitaal beschikbaar te hebben voor investeringen. De mate waarin externe investeerders kunnen worden aangetrokken hangt mede af van de mogelijkheid om winst uit te keren.

In Nederland zal de politiek zich de komende jaren moeten uitspreken over de vraag welke zorg verplicht zal worden opgenomen in het basispakket en welke zorg zal worden opgenomen in aanvullende verzekeringen. De private bijdragen zullen naar verwachting toenemen in de komende jaren. Een belangrijk vraagstuk is tevens het tempo en de mate waarin verdere marktwerking zal worden geïntroduceerd en in hoeverre winst mag worden uitgekeerd aan derden investeerders of aan artsen die een aandelenbelang nemen in het ziekenhuis waar zij werkzaam zijn. In hoeverre kan het systeem van maatstafconcurrentie³ een bijdrage leveren aan de bevordering van verdere doelmatigheid en concurrentie in de zorg?

Al deze ontwikkelingen leiden ook tot een aanzienlijke stijging van het risicoprofiel van zorginstellingen. De vraag is ook hoe banken reageren op de ontwikkelingen in de zorgsector mede in het licht van de veranderingen die volgen uit Basel II.

2. Financiering medisch specialistische zorg

2.1 Inleiding: de invoering van de DBC-systematiek

Voor de Nederlandse instellingen in de curatieve zorg hebben de afgelopen jaren in belangrijke mate in het teken van de invoering van de DBC-systematiek gestaan. De invoering van de Diagnose Behandelcombinaties in 2005 vereiste vanuit bedrijfseconomisch perspectief de overschakeling van een

bouwplannen bij het College Bouw Ziekenhuisvoorzieningen ter goedkeuring in te dienen. De afschrijvingen van goedgekeurde investeringen werden volledig gedekt in de ziekenhuisbudgetten. Vanaf 2009 worden de kapitaalslasten in de DBC-prijzen opgenomen.

³ Maatstafconcurrentie betreft de financiering van een deel van de medisch specialistische zorg in de jaren 2009-2011. Voor een verdere uitleg wordt verwezen naar de desbetreffende paragraaf hierna.

bekostigingssystematiek waarin in beginsel alle kosten voor individuele verrichtingen worden gedekt middels op- en afslagen in tarieven, naar een systematiek waarin de integrale kostprijs van een totale behandeling wordt gedekt, de zogenaamde A-segment DBC's. Dit was in eerste instantie primair een administratieve kwestie. Deze nieuwe systematiek had voor het exploitatieresultaat van de zorginstelling – naar verwachting – geen effect. Uitgangspunt hierbij was echter wel een geschikt en werkend automatiseringssysteem, een goed ingerichte en werkende interne beheersing ter waarborging van een betrouwbare registratie van medisch specialistische verrichtingen door de medisch specialisten. In de praktijk blijkt dat aan de genoemde uitgangspunten veelal nog niet kan worden voldaan.

Naast de DBC's in het A-segment werden voor een beperkt deel van de DBC's de prijzen vrijgegeven, de zogenaamde B-segment DBC's, zoals bijvoorbeeld bepaalde knie- en heupoperaties. In de individuele onderhandelingen tussen de zorginstelling en de zorgverzekeraars worden de prijzen voor de B-segment DBC's jaarlijks vastgesteld. Vanuit bedrijfseconomisch oogpunt is het voor de zorgaanbieder van belang kennis te hebben van de kostprijs van de DBC waarvoor in onderhandeling een prijs wordt vastgesteld.

Voor veel zorgaanbieders geldt echter dat zij op dit moment geen betrouwbare integrale kostprijs (dus inclusief personeels- en kapitaalskosten alsmede overheadkosten) kunnen vaststellen. Dit wordt onder meer veroorzaakt doordat de ICT-systemen van zorginstellingen niet geschikt dan wel ingericht zijn om deze integrale kostprijs te genereren. Tot en met 2007 was circa 10% van de DBC's ondergebracht in het B-segment. Vanaf 1 januari 2008 is dit door de Minister van VWS verhoogd tot 20%.

2.2 *Maatstafconcurrentie*

De doelstelling van de minister is om een vrije marktwerking voor de gehele curatieve zorgsector te realiseren in 2012. Niet gekozen is voor een model om in één keer ('big bang') over te gaan naar een vrije markt, maar dit geleidelijk te laten plaatsvinden. Concreet heeft dit vorm gekregen in het huidige plan van de zogenaamde 'prestatiebekostiging medisch specialistische zorg 2009-2011' ook wel 'maatstafconcurrentie'. Dit plan heeft als doelstelling de markt voor de medisch specialistische zorg er op voor te bereiden om op 1 januari 2012 volledige marktwerking te kunnen invoeren. De minister heeft er voor gekozen om hierbij gebruik te maken van een ingroei- c.q. gewenningsperiode van drie jaar, te weten de jaren 2009 tot en met 2011. In deze periode van drie jaar zal 'maatstafconcurrentie' plaatsvinden.

Het model kan in hoofdlijnen als volgt worden beschreven. Naast het huidige B-segment zal het huidige A-segment in een drietal onderdelen worden opgesplitst:

- Het A0-segment waarin producten zijn opgenomen, waarop geen concurrentie mogelijk of wenselijk is. De bekostiging van het A0-segment volgt de huidige bekostigingssystematiek van het A-segment, en wordt derhalve niet rechtstreeks in rekening gebracht bij zorgverzekeraars en particulieren. Voorbeelden hiervan zijn de beschikbaarheidsvergoeding Spoed Eisende Hulp, de academische component en opleidingen.
- Het A1-segment. De prijzen worden door de minister (middels de NZa) vastgesteld of worden gemaximeerd. Voorbeelden hiervan zijn dure- en weesgeneesmiddelen en intensive care.
- Het B1-segment, waarin alle DBC's worden opgenomen welke niet in de A-segmenten of het huidige B-segment zijn opgenomen. De prijzen dienen in vrije onderhandelingen tussen de individuele zorginstellingen en zorgverzekeraars te worden vastgesteld. De volumes zijn in principe vrij. Het A1-segment en het B-segment vormen tezamen het maatstafsegment.

Voor het maatstafsegment berekent de NZa op basis van een productiviteitscore het prijsplafond voor de gemiddelde DBC-prijs op jaarbasis voor elke individuele zorginstelling. Indien het prijsplafond door de individuele zorginstelling wordt overschreden roomt de NZa het gedeelte boven het prijsplafond af en kan zij, bij verwijtbaar gedrag, een boete opleggen. Deze maatregel is voor de NZa een middel het macro-economisch kader te beheersen. De productiviteitscore is afhankelijk van de relatieve kosteneffectiviteit van de specifieke instelling gerelateerd aan de best presterende (groep) instelling(en).

Het prijsplafond wordt jaarlijks vastgesteld en in 2009 bepaald op basis van 75% van het historische kostenniveau en 25% van het (gewenste) doelmatige kostenniveau. Voor 2010 is deze verhouding 50/50 en in 2011 wordt dit gesteld op 25/75. Dit houdt in dat in 2012 een zorginstelling het doelmatige kostenniveau moet hebben bereikt.

Deze benadering op individueel niveau dient ook macro-economisch te worden beheerst. Hiertoe heeft de minister de zorgsector een taakstelling van aanzienlijke macro-economische besparingen meegegeven, oplopend van € 160 miljoen voor 2008 tot € 400 miljoen in 2011. Indien deze besparingen (jaarlijks) niet worden gerealiseerd, heeft de minister aangekondigd dat dit doelmatig via de hoogte van de prijsplafonds wordt versleuteld.

De doelstelling van de minister om naar een efficiënte en doelmatige besteding van gemeenschapsgelden in de zorg te komen wordt in brede kring

gedeeld. De beschikbaarheid van hoogwaardige medisch specialistische zorg dient echter gewaarborgd te blijven. De vraag is of de invoering van de maatstafconcurrentie als ingroeimodel naar vrije marktwerking daartoe de juiste weg is.

De gevolgen van de invoering van de maatstafconcurrentie zijn merkbaar voor een aantal partijen.

2.3 Effecten van de invoering van de maatstafconcurrentie voor de NZa

De NZa moet toezien op een juiste invoering, werking en naleving van de door haar gestelde regels. Als toezichthouder en uitvoerder van de ministeriële besluiten wordt de NZa verondersteld haar interne organisatie toereikend te hebben ingericht op de maatstafconcurrentie. Aanvullend zullen met name de administratieve lasten van de NZa als gevolg van de invoering van de maatstafconcurrentie toenemen, hetgeen waarschijnlijk een verhoging van het budget van de NZa tot gevolg zou moeten hebben.

2.4 Effecten van de invoering van de maatstafconcurrentie voor de zorgverzekeraars

De zorgverzekeraars zijn als partij betrokken bij de prijsstelling van DBC's. Zij ontvangen, net als in de huidige situatie, de facturen van de zorginstellingen en handelen deze af afhankelijk van de aard van de onderliggende DBC. Wel is voor de zorgverzekeraars van belang om naast het beheersen van de prijzen middels de onderhandelingen, met name zorg te dragen voor een beheersing van de volumes. Deze zijn immers binnen het maatstafsegment geheel vrij. Dit vergt adequate systemen en daaruit voortvloeiende toereikende management informatie. Hiertoe dienen mogelijk systemen en rapportages te worden aangepast. Een en ander vraagt een additionele personele en administratieve inspanning, waardoor de lasten van de zorgverzekeraars zullen stijgen met een mogelijk effect op de premiestelling.

2.5 Effecten van de invoering van de maatstafconcurrentie voor de zorginstellingen

De Nederlandse zorginstellingen kunnen met de invoering van de maatstafconcurrentie een grote inspanning tegemoet zien, los van de huidige registratie-, onderhandelings- en facturatieproblematiek rondom de DBC's. Vele zorginstellingen worstelen op dit moment met het volledig op orde krijgen van de DBC-huishouding. De huidige problematiek omvat onder meer de volgende aspecten:

- Door de complexiteit van de DBC-financiering in combinatie met ICT-problemen voldeed de AO/IC vaak nog niet aan de eisen van de kaderregeling AO/IC DBC's. Gevolg is dat ziekenhuizen vaak nog een geclausuleerde juistheidverklaring af hebben gegeven over 2005 en 2006 en dat zorgverzekeraars worden geconfronteerd met kosten waarvan zij de juistheid van declaratie moeilijk kunnen controleren. In 2007 is de DBC-administratie bij ziekenhuizen over het algemeen aanzienlijk verbeterd, maar nog niet optimaal.
- Ziekenhuizen hanteren verschillende methodieken voor de bepaling van het onderhanden werk DBC's. De bepaling van het onderhanden werk en de waardering daarvan is/was voor veel ziekenhuizen lastig met name als gevolg van ICT-problemen. De totale onderhandenwerk positie van de gezamenlijke Nederlandse ziekenhuizen bedroeg circa € 1,7 miljard ultimo 2006 (ultimo 2005: € 1,2 miljard).

De invoering van de maatstafconcurrentie zal voor de zorginstellingen nog een aantal aanvullende vraagstukken met zich meebrengen die bovenop de reeds bestaande knelpunten komen.

2.5.1 ICT

De huidige systemen zijn over het algemeen niet ingericht op de specifieke aspecten van het maatstafsegment. Tevens is de informatievoorziening ten behoeve van de monitoring van het gemiddelde prijsplafond binnen het maatstafsegment van groot belang. Een hoge mate van betrouwbaarheid van de tussentijdse informatie is hierbij essentieel, waarbij de tijdigheid van de registratie en facturatie van de DBC's belangrijk is. Dit met name omdat wijzigingen in de samenstelling van de zorgvraag tot financiële problemen kunnen leiden. De wijzigingen in de systemen hebben tevens maar voor een beperkte periode van drie jaar nut, namelijk alleen in de jaren 2009-2011. De vraag is of de met de aanpassingen gemoeide investeringen tijdig gereed zijn en of zij in deze beperkte periode terug te verdienen zijn.

2.5.2 KOSTPRIJZEN

Teneinde op een verantwoorde wijze de prijsonderhandelingen met de zorgverzekeraars te kunnen voeren is een betrouwbare integrale kostprijs van de DBC's in het algemeen en die in het maatstafsegment en het B-segment in het bijzonder van groot belang. Indien zorginstellingen op dit moment al over betrouwbare kostprijzen kunnen beschikken, betreffen dit veelal kostprijzen waarin alleen de directe aan zorg gerelateerde kosten zijn opgenomen. Tezamen met de prestatiebekostiging van de medisch specialistische zorg wordt ook de vaste tariefstelling voor de in de DBC prijs opgenomen

DEEL IV

vergoeding voor de medisch specialisten en de wijzigingen in de bekostiging van de kapitaalslasten ingevoerd. Deze componenten moeten ook worden gedekt door de prijs van de DBC. Veel van de zorginstellingen hebben hun financiële administraties nog niet ingericht op een zodanige wijze dat zij voor de DBC's integrale kostprijzen kunnen genereren.

2.5.3 ZORGZWAARTE

Het model van de berekening van de prijsplafonds houdt geen rekening met de verschillen in zorgzwaarte.⁴ Hierdoor worden instellingen met een relatief hoge zorgzwaarte veelal dubbel getroffen door het model. Op de eerste plaats doordat de zorgzwaarte op dit moment (2007/2008) relatief hoog is, zullen deze instellingen in de prestatiescore relatief slecht scoren. Hierdoor wordt het prijsplafond lager gesteld. In de periode van de maatstafconcurrentie zal als gevolg van de hogere zorgzwaarte ook meer inspanning van de zorginstelling worden gevraagd om het doelmatige kostenniveau te realiseren aangezien de kostprijzen hoger zullen liggen dan het landelijk gemiddelde voor deze DBC's.

2.5.4 ADMINISTRATIEVE LASTEN

Naast bovengenoemde zaken nemen de administratieve lasten door de invoering van de maatstafconcurrentie voor de zorginstellingen aanzienlijk toe.

2.6 *Evaluatie*

De invoering van de maatstafconcurrentie kent een aantal belangrijke bezwaren. Het model is zeer complex en de uitkomsten zijn voor de individuele zorginstellingen maar beperkt beïnvloedbaar. Dit wordt met name veroorzaakt doordat elke individuele instelling wordt gerelateerd aan de groep instellingen met het meest efficiënte kostenniveau. In deze vergelijking wordt echter geen rekening gehouden met zorgzwaarte en lokale omstandigheden. Bij dit laatste valt onder meer te denken aan de kosten van arbeid als gevolg van lokale omstandigheden (bijv. grootstedelijke problematiek). Daarnaast veroorzaakt de invoering van de maatstafconcurrentie voor alle direct betrokkenen aanzienlijke administratieve lastenverzwaring. Om de uitwerking van de maatstafconcurrentie adequaat te kunnen beheersen zijn aanvullende investeringen in de ICT-systemen en werkprocessen noodzakelijk, welke het werkelijke kostenniveau van de zorginstellingen zullen doen

⁴ De complexiteit van de behandeling van eenzelfde DBC.

toenemen. In het verlengde hiervan kan de vraag worden gesteld of de zorginstellingen en zorgverzekeraars bereid zijn om de benodigde energie en middelen te willen investeren in een tijdelijk systeem. Bovengenoemde zaken komen bovenop de huidige inspanningen die de zorginstellingen en zorgverzekeraars leveren om de DBC-systematiek op orde te krijgen.

2.7 *Recente ontwikkelingen*

Op 1 april 2008 is bekend geworden dat de NZa de Minister van VWS heeft geadviseerd om de invoering van de prestatiebekostiging per 1 januari 2009 uit te stellen. De NZa geeft aan dat de huidige DBC-systematiek nog onvoldoende stabiel is. Daarnaast kan de NZa door het ontbreken van betrouwbare informatie rondom huidige kosten- en productieniveaus geen betrouwbare berekening maken van de individuele prijsplafonds. Over mogelijke alternatieven heeft de NZa de minister niet geadviseerd.

2.8 *Preadvies*

De invoering van de maatstafconcurrentie lijkt zoals hiervoor beschreven vanuit meerdere perspectieven onverstandig. Een alternatief zou zijn om het macrobudget voor het A-segment in stand te houden (aangepast voor prijs- en volumewijzigingen). De FB-systematiek⁵ wordt daarbij vervangen door productieafspraken op basis van DBC's. Het B-segment wordt vervolgens langzaam verder uitgebreid. Op deze wijze kunnen de kosten op macroniveau worden beheerst. Zorgaanbieders hebben vervolgens de mogelijkheid om de beschikbare energie en middelen te investeren in het verder op orde krijgen van de huidige systematiek, het terugbrengen van het aantal DBC's en het bepalen van integrale kostprijzen.

Door deze verbeteringen ontstaat een betere vergelijkbaarheid tussen zorgaanbieders, waardoor ook betere keuzes gemaakt kunnen worden en betere voorwaarden worden geschapen voor marktwerking en concurrentie. Op termijn zullen de macro-economische kosten hierdoor beter kunnen worden beheerst, zonder dat aan kwaliteit van zorg wordt ingeboet.

Zonder investeringen in de ICT-systemen van de zorginstellingen zijn zowel de uitkomsten van het huidige model als van het model van de maatstafconcurrentie niet betrouwbaar. Het is daarom van groot belang dat goede soft-

⁵ Functiegerichte budgettering: systematiek waarbij de financiering van ziekenhuizen wordt bepaald op basis van vaste budgetparameters, zoals adherentie, specialistenplaatsen, aantal bedden, en variabele budgetparameters, zoals opnames, dagbehandelingen en polikliniekbezoeken.

warepakketten worden ontwikkeld die kunnen voldoen aan de eisen en randvoorwaarden van de DBC-systematiek. Een stabiele omgeving is hiervoor een pre.

3. Zorgvastgoed en treasury

3.1 Inleiding

Tot het eind van de jaren negentig was het niet nodig dat zorgaanbieders expliciet aandacht besteedden aan treasury. Alle rentekosten en een groot deel van de afschrijvingskosten werden nagecalculeerd. Alle kapitaalslasten werden vergoed waardoor zorgaanbieders nauwelijks risico's liepen en er geen belang was om het werkkapitaal goed te beheren. De kredietrisico's voor banken waren dusdanig laag dat het aantrekken van financiering nagenoeg geen probleem vormde. Met de invoering van de rentenormering⁶ veranderde dit enigszins. Er waren nu prikkels voor een goed balans- en liquiditeitsbeheer. De risico's voor financiers bleven beperkt. Wel was duidelijk dat het aantrekkelijk kon zijn om actief te sturen op financiële stromen en saldi omdat er 'winst' kon worden behaald ten opzichte van het rentebudget indien het werkelijke rentepercentage voor betaalde rente lager lag dan het normatieve rentepercentage.

Een gevolg van de liberalisering van de zorg is dat zorginstellingen zelf verantwoordelijk worden voor de vastgoedinvesteringen en exploitatieresultaten. Het recent voorgenomen huisvestingsbeleid van het Ministerie van VWS heeft tot gevolg dat op korte termijn de kosten voor rente en afschrijving onderdeel uitmaken van de integrale tarieven van de zorgproducten (ZZP's, DBC's).

3.2 Effecten van de invoering van het nieuwe huisvestingsregime

Hoewel met name ten aanzien van de AWBZ-sector nog onzekerheden bestaan met betrekking tot de invoering van dit beleid is de trend die uit het nieuwe huisvestingsregime blijkt duidelijk:

- zorgaanbieders gaan risico's lopen op het terugverdienen van zowel de rente- als de afschrijvingskosten. Dit betreft zowel een prijsrisico (diensten zijn tegen te lage prijs verkocht) als een volumerisico (er zijn te weinig diensten verkocht);

⁶ Methodiek waarin zorginstellingen werden gestimuleerd een 'optimale' financieringsstructuur te realiseren. Hierbij werden normatieve en werkelijke rentepercentages vergeleken.

- zorgaanbieders gaan renterisico lopen bij het afsluiten van langlopende financiering. De rentenormering volgde immers nog de marktprijs voor de door de instelling afgesproken rentevaste periode. In de nieuwe systematiek heeft de zorgaanbieder er belang bij om op basis van een rentevisie dergelijke beslissingen te nemen en de kosten te minimaliseren;
- de kans dat zorgaanbieders (gedeeltelijk) moeten sluiten of saneren neemt toe. De huidige saneringsregeling vervalt. Dit betekent dat de zorgaanbieder (en daarmee de bank) zelf risico loopt in het geval dat een gebouw eerder moet worden afgeschreven (en afgelost).

Of het nu gaat om DBC's, ZZP's of de WMO⁷, uitgangspunt is dat overal wordt uitgegaan van prestatiebekostiging, hetgeen inhoudt dat de kapitaalslasten in de toekomst volledig moeten worden gedekt uit de zorgproductie.

Tevens worden volgens de huidige plannen de ontwikkelingen in de waarde van zorgvastgoed zichtbaar omdat zorginstellingen periodiek de actuele waarde van het (zorggerelateerde) onroerend goed moeten bepalen. Dit kan in sommige gevallen een positieve herwaardering betekenen omdat de werkelijke waarde van het onroerend goed hoger is dan de boekwaarde. Dit resulteert dan in een stijging van het eigen vermogen van de zorginstellingen.

De wijziging van het huisvestingsregime betekent een verhoogd financieel risico bij de dekking van de financieringslasten. Dit hogere risicoprofiel zal zich vertalen in hogere rentetarieven voor aangetrokken leningen. De verwachting is dat deze situatie het gebruik van alternatieve financieringsmethoden zal versterken, zoals obligatieleningen, het onderbrengen van vastgoed in 'special purpose vehicles' en 'sale-and-leaseback' transacties. Ook het aantrekken van private investeerders door middel van een aandelenuitgifte kan in de toekomst tot de mogelijkheden behoren.

Belemmeringen voor het afstoten van vastgoed zijn er echter ook: de vaak hoge boekwaarde (als gevolg van lage voorgeschreven afschrijvingspercentages uit het bouwregime) en het niet kunnen verrekenen van de BTW en mogelijke vennootschapsbelastingplicht.

⁷ Wet Maatschappelijke Ondersteuning. Uitvoeringswet waarin de gemeenten verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van de kortdurende verzorging en deze aan zorgaanbieders aanbesteden.

3.3 *Marktpotentie: kansen voor beleggers*

Zorgvastgoed is er in veel gedaantes: ziekenhuizen, verpleeg- en verzorgingshuizen, zorghotels, gezondheidsparken, kleinschalige woonvormen, 55+-appartementen (eventueel in combinatie met zorg- en welzijnsdiensten), maar bijvoorbeeld ook kantoren voor backoffice-activiteiten. De Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ) raamt de totale boekwaarde van zorgvastgoed op € 20 tot € 22 miljard, de totale jaarlijkse investering op € 2 tot € 3 miljard in de periode tot 2009, en de jaarlijkse kapitaalslasten op € 2,2 tot € 2,4 miljard.

Allicht dat de marktpotentie enorm is. De actuele waarde van het zorgvastgoed kan mogelijk nog hoger worden becijferd. Bovendien zijn zorginstellingen aantrekkelijke huurders vanwege de veelal langjarige huurcontracten en de nog bestaande vangnetten in de zorg. Een nadeel is dat de kredietwaardigheid van zorgpartijen door de liberalisering en de toenemende concurrentie zal verminderen. Men verwacht dat diverse instellingen financieel in zwaar weer terecht zullen komen. Daarbij is het niet zeker of de vangnetten in de zorg behouden blijven.

Met de liberalisering van de zorg en de eigen verantwoordelijkheid voor vastgoed, wordt zorgvastgoed een aantrekkelijke nichemarkt voor beleggers en financiers. Zij kunnen waarde toevoegen door professionele vastgoedontwikkeling en exploitatie (met aantrekkelijke rendementen) en kunnen een belangrijke rol spelen in bijvoorbeeld de herontwikkeling en uitbreiding van het vastgoed van verpleeg- en verzorgingshuizen en instellingen voor geestelijke gezondheidszorg. Tevens kan het interessant zijn om te participeren in de ontwikkeling van gezondheidsparken.

Maar er zijn ook valkuilen. Huurderving en waardedaling kunnen een risico worden door de snelle ontwikkelingen in de zorg, de kortere economische levensduur van het vastgoed, het hogere risicoprofiel en de verminderende kredietwaardigheid van zorgverleners.

Een feit is dat de zorgsector strategischer zal moeten omgaan met het vastgoed, zich zal moeten afvragen of het in eigendom hebben van het vastgoed wel noodzakelijk en/of gewenst is en steeds afhankelijker zal worden van de kapitaalmarkt. Dit biedt kansen voor beleggers en financiers in vastgoed, maar ook voor de zorginstellingen zelf. Met het oog op de toenemende risico's zijn zij op zoek naar mogelijkheden om met vastgoed een nieuwe geldstroom te creëren door het gebruik van extra, andersoortige of restcapaciteit van ruimten en voorzieningen. Zorginstellingen richten zich vanuit deze gedachte steeds meer op het bepalen van een optimale en passende vast-

goedstrategie waarbij een bedrijfseconomische benadering van investeringsbeslissingen onontbeerlijk is. Niet alleen het management zal deze behoefte hebben maar juist ook de externe financiers die gevraagd worden om de investering dan wel de zorginstelling te financieren.

Om het voor externe beleggers aantrekkelijk te maken om te participeren in de zorg is het van belang om mogelijkheden te scheppen met betrekking tot investeren in de zorg en het uitkeren van winst door de zorginstellingen.

4. Investeren en het uitkeren van winst

4.1 Internationale ontwikkelingen

In de Verenigde Staten en in verschillende Europese landen, waaronder Duitsland, Frankrijk, Zweden en Noorwegen, wordt de ziekenhuiszorg aangeboden door zowel private ziekenhuisketens als door non-profitorganisaties.

In Duitsland zijn diverse beursgenoteerde ziekenhuisketens actief die een groot aantal voormalig publieke ziekenhuizen hebben overgenomen. Deze ketens richten zich niet alleen op basiszorg. In 2006 heeft Röhn Klinikum de universitair medische centra van Giessen en Marburg overgenomen van de deelstaat Hessen. Deze overname heeft in Duitsland veel discussie gegeven. Röhn heeft garanties verstrekt dat er de komende jaren meer dan € 400 miljoen zal worden geïnvesteerd in Giessen en Marburg. Investeringskosten die de deelstaat Hessen niet kon financieren. Tevens zijn garanties verstrekt voor wetenschappelijke onafhankelijkheid.

De ervaringen in Duitsland leren ook dat private zorg niet duurder is of van mindere kwaliteit. Vaak wordt de zorg efficiënter georganiseerd dan voorheen in de publieke setting het geval was.

4.2 Private investeringen en winstuitkeringen

De Nederlandse gezondheidszorg staat de komende jaren voor grote uitdagingen. Naar verwachting zullen grote bedragen moeten worden geïnvesteerd in vastgoed, apparatuur en ICT. De risico's voor zorginstellingen nemen fors toe. De strategische vraag voor veel ziekenhuizen is op welke wijze zij het beste aan de verwachtingen van haar stakeholders kan voldoen; op eigen kracht, door samenwerking met andere zorgaanbieders of door het aantrekken van externe investeerders. Daarnaast leert de ervaring in het buitenland dat ziekenhuisketens vaak efficiënter kunnen werken, wat ook voor de zorgconsument en verzekeraars belangrijk is.

Zorgaanbieders hebben op dit moment al de mogelijkheid om commerciële activiteiten te ontwikkelen. Een goede kostentoe rekening en een financiering met niet publieke middelen zijn daarbij voorwaarden. Behaalde resultaten worden afzonderlijk in de jaarverslaggeving gepresenteerd als ‘niet collectief gebonden vermogen’. Winsten kunnen nog niet worden uitgekeerd aan derden, waardoor geen externe investeerders kunnen worden aangetrokken.

De politieke vraag is in hoeverre het in Nederland wenselijk is dat private partijen in de toekomst investeren in de zorg? De angst bestaat dat private ziekenhuizen zich met name zullen richten op ‘cherry picking’ en alleen financieel lucratieve zorg aanbieden.

Investeerders zullen een bepaald rendement op hun investering verwachten en willen op termijn ook een uitkering van winst ontvangen.

Nu het bouwregime is afgeschaft per 1 januari 2008 krijgen ziekenhuizen grote vrijheden rondom de exploitatie van vastgoed. De vastgoedpositie van een ziekenhuis (gebouwen en grond) kan stille reserves bevatten.

De angst bestaat dat de stille reserves door private investeerders worden gerealiseerd en dat de vermogens van de ziekenhuizen vervolgens grotendeels worden uitgekeerd aan investeerders. Het risico is dat financieel onvoldoende solide gefinancierde ziekenhuizen ontstaan.

Het Ministerie van VWS heeft voorlopige maatregelen (winstklem op vastgoedwinsten) genomen om te voorkomen dat een dergelijke situatie ontstaat.

Tevens is de vraag of alle vormen van zorg in aanmerking komen voor privatisering. Dit lijkt alleen mogelijk voor de cure en bepaalde delen van de care, zoals thuiszorg. Privatisering van bijvoorbeeld de gehandicaptenzorg is naar verwachting moeilijk realiseerbaar.

4.3 *Randvoorwaarden*

De centrale vraag is welke randvoorwaarden de politiek moet stellen aan het uitkeren van winsten aan private investeerders. Belangrijke aandachtspunten zijn:

- de met publieke middelen opgebouwde vermogens (stille en overige reserves) worden niet uitgekeerd aan investeerders;
- de financiële soliditeit van zorgaanbieders dient bewaakt te worden gezien de belangrijke publieke functie die zij vervullen.

Daarnaast gelden natuurlijk randvoorwaarden ten aanzien van kwaliteit en zorgaanbod.

Indien private investeerders deelnemen in zorginstellingen is het van belang dat activa en passiva op actuele waarde worden gewaardeerd voordat participatie of overname plaatsvindt. Het eigen vermogen op basis van actuele waarden kan vervolgens worden vastgesteld. Ten aanzien van het aldus bepaalde vermogen geldt een uitkeringsverbod. Op deze wijze wordt voorkomen dat met publieke middelen opgebouwde (stille) reserves worden uitgekeerd aan derde investeerders. Deze middelen blijven in continuïteit beschikbaar voor de financiering van de zorg.

Daarnaast is het van belang om te voorkomen dat zorginstellingen failliet gaan als gevolg van een ongezonde financiële positie. Voorkomen moet worden dat zorginstellingen in een situatie terechtkomen dat ze met te veel vreemd vermogen worden gefinancierd. Gezien het grote maatschappelijk belang van zorginstellingen en de publieke functie is het te overwegen om solvabiliteitsratio's te bepalen, zoals die ook gelden voor banken en zorgverzekeraars. Slechts indien er sprake is van een vermogenspositie die aan de solvabiliteitsnormen voldoet is winstuitkering toegestaan. Mogelijk zou in dergelijk geval toestemming moeten worden verkregen van een nog nader te bepalen toezichthouder.

Tot slot is het van belang vast te stellen dat de huidige organisatiemodellen van Nederlandse ziekenhuizen, waarbij artsen niet in loondienst zijn, de participatie van derden niet bevorderen. Daarnaast is een grondige uitwerking van fiscale aspecten van belang, aangezien commerciële zorginstellingen mogelijk onder de vennootschapsbelastingplicht vallen (de zorgvrijstelling is mogelijk niet meer van toepassing).

4.4 *Preadvies*

Gezien de ontwikkelingen in de gezondheidszorg valt het sterk te overwegen om in de toekomst ook private investeerders in de zorg aan te trekken. De mogelijkheid om winst uit te keren is dan wel een absolute voorwaarde.

Aan de uitkering van winst dienen wel randvoorwaarden te worden gesteld om te voorkomen dat met publieke middelen opgebouwde vermogens in de zakken van private investeerders verdwijnen. Tevens dienen solvabiliteitscriteria te worden gesteld teneinde de financiële soliditeit van zorginstellingen te bewaken.

5. Financiële risico's en financiering van zorginstellingen: Basel II

5.1 Inleiding

Voor de financiering van de Nederlandse zorginstellingen zijn aanzienlijke bedragen nodig, met name voor de financiering van het vastgoed, de inventarissen, de medische apparatuur en ICT-systemen. Het benodigde vermogen bestaat over het algemeen uit rentedragend vreemd vermogen. Het eigen vermogen van de zorginstellingen is veelal beperkt. Een solvabiliteitspercentage (eigen vermogen + egalisatierekeningen / vreemd vermogen) boven de 20% is uitzonderlijk. In de huidige bekostigingssystematiek (80% A-segment), waarin de kapitaalslasten middels de nacalculatie zijn gegarandeerd, zijn de risico's voor externe vermogensverschaffers beperkt. Hierdoor kunnen ook de interestpercentages op de langlopende leningen alsmede de kredietfaciliteiten op een laag niveau blijven, zeker als een zorginstelling is toegelaten tot het Waarborgfonds.

Door de invoering van de maatstafconcurrentie en de gehele vrije marktwerking in 2012 alsmede het vervallen van het bouwregime, nemen de financiële risico's voor zorginstellingen aanzienlijk toe. Alle kapitaalslasten, waaronder de rentelasten, dienen te worden gedekt uit de opbrengsten uit DBC's. Doordat de prijzen van de DBC's moeten worden onderhandeld met de zorgverzekeraars is het maar de vraag of zorginstellingen in staat zullen zijn om een volledige dekking van alle kostencomponenten te realiseren. Het mag duidelijk zijn dat het totale (financiële) risicoprofiel van zorginstellingen voor vreemd vermogenverschaffers zal toenemen.

Deze vreemd vermogenverschaffers zijn in Nederland over het algemeen banken. Om de stabiliteit van de Nederlandse financiële markten te kunnen waarborgen zijn de banken gebonden aan vermogenseisen welke worden vastgesteld en gehandhaafd door De Nederlandsche Bank. Deze eisen volgen uit het kapitaalakkoord Basel II.

5.2 Basel II nader uitgelegd

Het doel van het nieuwe kapitaalakkoord Basel II is om banken richtlijnen te bieden teneinde vast te kunnen stellen in welke mate kapitaal moet worden aangehouden om onverwachte verliezen op te vangen die voortvloeien uit hun financiële en operationele risico's. Basel II vervangt het huidige stelsel van de Basel I richtlijnen. Deze richtlijnen zijn ontwikkeld door het Baselse Comité voor Banktoezichthouders, dat bestaat uit vertegenwoor-

digers van centrale banken en toezichhoudende instanties uit dertien verschillende landen, die regelmatig bijeenkomen in Basel, Zwitserland.

De richtlijnen zijn in de Europese Unie geïmplementeerd middels de CRD-richtlijn (Capital Requirements Directive). Vrijwel alle EU-lidstaten hebben deze richtlijn inmiddels in hun nationale wetgeving geïntegreerd. In Nederland is deze richtlijn bijvoorbeeld verwerkt in de ‘Wet op het financieel toezicht’ (Wft) en lagere regelgeving. Ook een aantal niet tot de EU behorende landen, zoals Zwitserland, Canada en Australië, heeft Basel II geïmplementeerd in hun nationale wetgeving.

5.2.1 HET BELANG VAN KAPITAAL

De dagelijkse activiteiten van banken brengen een grote verscheidenheid van risico's met zich mee. Hierbij wordt een risico gedefinieerd als de waarschijnlijkheid dat een bepaalde gebeurtenis tot een financieel verlies kan leiden. Banken houden kapitaal aan om de verliezen die mogelijk voortvloeien uit deze risico's op te vangen, zodat zij, indien geconfronteerd met dergelijke verliezen, toch hun activiteiten kunnen voortzetten.

5.2.2 DRIE PIJLERS

Basel II berust op drie pijlers, die banken in hun geheel moeten implementeren:

- Pijler 1: minimum kapitaaleisen. Deze pijler biedt richtlijnen voor de berekening van het kapitaal dat een bank volgens toezichthouders minimaal moet aanhouden voor krediet-, markt- en operationele risico's. Basel II geeft banken de mogelijkheid om te kiezen uit een aantal methodes waarmee deze minimum kapitaaleisen worden berekend. Deze methodes kunnen variëren van relatief eenvoudig tot uiterst geavanceerd. Voor de laatste wordt gebruikgemaakt van interne modellen; de toezichthouder (in Nederland: De Nederlandsche Bank) moet haar goedkeuring geven aan het gebruik van deze interne modellen voor de berekening van de minimum kapitaaleisen.
- Pijler 2: toezicht. Deze pijler biedt richtlijnen aan de hand waarvan de solvabiliteit van een bank wordt beoordeeld. Uitgangspunt is de berekening van het kapitaal dat de bank zelf minimaal nodig denkt te hebben om al haar risico's te dekken, niet alleen de risico's onder Pijler 1. Dit wordt als het ‘economisch kapitaal’ aangeduid. Vervolgens wordt dit vergeleken met het beschikbare kapitaal van de bank. Door middel van kapitaalbeheer wordt bewerkstelligd dat een bank te allen tijde over voldoende kapitaal beschikt. Pijler 2 biedt ook uitgangspunten voor de toe-

zichhouders op basis waarvan het kapitaalbeheer binnen een bank wordt beoordeeld.

- Pijler 3: marktwerking. Deze pijler biedt richtlijnen voor rapportage aan de buitenwereld over de risico's die een bank loopt en het kapitaal dat de bank beschikbaar heeft om onverwachte verliezen voortvloeiende uit deze risico's te dekken.

5.3 *De gevolgen van het nieuwe kapitaalsakkoord voor zorginstellingen*

De effecten van het nieuwe kapitaalsakkoord worden voor zorginstellingen met name zichtbaar in de hoogte van het rentepercentage op de langlopende leningen alsmede de kosten van de kredietfaciliteiten.

De verstrekte kredieten aan zorginstellingen door banken kunnen thans voor de berekening van de minimum kapitaalseisen (pijlers 1 en 2) worden geclassificeerd als beperkt risico. Dit heeft een beperkt kapitaalsbeslag voor de bank tot gevolg, waardoor het door de bank gevraagde rentepercentage laag kan blijven.

Met het toenemende risicoprofiel van de zorginstellingen als gevolg van het wegvallen van gegarandeerde dekking van kapitaalslasten is het zeer waarschijnlijk dat banken zorginstellingen qua risicoprofiel op basis van Basel II gelijk zullen moeten schakelen met commerciële ondernemingen. Hierdoor neemt het kapitaalsbeslag voor banken toe. Waar in de huidige situatie kredietverlening aan zorginstellingen een wegingsfactor⁸ van 20% heeft, zal dit toenemen tot 100%. Dit zal voor banken leiden tot additionele lasten, welke gedekt zullen moeten worden in de rentepercentages die de banken in rekening zullen brengen aan de zorginstellingen.

Hierdoor zullen de financieringslasten voor zorginstellingen toenemen. Deze lasten zullen weer moeten worden gedekt in de tarieven van de DBC's en ZZP's. Uiteindelijk zullen deze lasten worden omgeslagen op de premie voor de zorgverzekeringen dan wel in de Rijksbegroting worden opgenomen.

⁸ Eventuele additionele kapitaalseisen als gevolg van operationele risico's worden hier buiten beschouwing gelaten.

5.4 *Preadvies*

Door het wegvallen van financiële zekerheden rondom de financiering van zorginstellingen zullen, als gevolg van de kapitaalsvereisten voor banken, de totale kapitaalslasten (rentecomponent) in de zorgsector toenemen. De additionele lasten zullen uiteindelijk door de maatschappij moeten worden opgebracht, zonder dat daar direct een bate tegenover staat. Dit is geen wenselijke situatie. Om het risicoprofiel van zorginstellingen te verlagen wordt hier een tweetal mogelijkheden aangedragen. Op de eerste plaats de reeds hiervoor besproken optie om private investeerders in de zorg toe te laten, waardoor meer eigen vermogen kan worden aangetrokken. Hierdoor wordt de benodigde hoeveelheid vreemd vermogen beperkt en het kredietrisico verlaagd. Beide ontwikkelingen leiden tot een daling van de rentelasten. Een tweede mogelijkheid is gelegen in het herstellen van de huidige zekerheden door middel van bijvoorbeeld het verstrekken van garanties op financieringen aan zorginstellingen door de Rijksoverheid. Dit zou onder meer kunnen in het kader van het huidige Waarborgfonds, waarbij eventueel een kapitaalinjectie of het verstrekken van een garantie door de Staat benodigd is om het Waarborgfonds vanuit het perspectief van de banken van voldoende garantievermogen te voorzien om aanspraken op te kunnen vangen. De kosten van genoemde garanties zijn beperkt en kunnen leiden tot een classificatie in de 20% wegings- of zelfs de 0% wegingscategorie in de solvabiliteitstoets van banken. Hierdoor zullen macro-economisch de totale kosten voor de gezondheidszorg kunnen dalen.

